Ergänzungen

zu

Dr. Chriſt. Fried. v. Glück's

ausführlicher

Erläuterung der Pandecten

von

Dr. C. F. v. Reinhardt,

K. Würtemb. Ober-Tribunalrathe und Ritter des Ordens der Würtemb. Krone.

Zweiten Bandes erſte Abtheilung.

Stuttgart,

bey Joh. Friedr. Steinkopf.

1835.

STAATSBIBLIOTHEK
BAMBERG

Zweiter Band.

Drittes Buch.

Tit. 1.

De postulando.

§§. 358—367. S. 99—112.

Daß die Vorſchriften des Römiſchen Rechts über Advocaten zunächſt durch die Einführung deſſelben auch einen ſolchen Stand in Deutſchland geſchaffen haben, iſt geſchichtlich wahr, und was zunächſt das Bedürfniß derſelben nothwendig machte, war in Rom — wie in Deutſchland — daſſelbe. Lange noch beurtheilte man nun die Advocaten lediglich von dem Geſichtspunkte des Römiſchen Rechts, und was auch die früheren Statuten von Advocaten und ihren Verhältniſſen enthalten, konnte ſeinen Urſprung nicht verläugnen. Doch wurde endlich, jedoch erſt in ſpäteren Zeiten, klar, daß die Stellung der Advocaten nach Römiſchem Recht den jetzigen Inſtitutionen, namentlich dem Gerichts-Organismus nimmer entſpreche, und an mehr oder minder durchgreifenden Verſuchen, ihnen die gehörige Stellung anzuweiſen, fehlt es nicht. Noch weniger an Vorſchlägen hiezu. Ob aber, was hie und da vorgeſchlagen und verſucht wurde, auch wirklich genügend ſey? kann hier füglich dahingeſtellt bleiben. Hier mag es genügen, zu bemerken, daß hierin ein hinreichender Grund für mich liegt, dieſen Titel nur curſoriſch durchzugehen, zumal, da derſelbe eigentlich in die Proceß-Lehre zu verweiſen iſt.

§. 368. S. 112—115.

Hier werde ich mich nun zunächſt mit der Erklärung der von dem Verfaſſer S. 113. angeführten und in der

19. Anmerk. abgedruckten, von den Imperatoren Diocletian und Maximian herrührenden

Const. 3. C. de err. advocat. (2, 10.)

beſchäftigen, und vor allen Dingen habe ich auch die

Const. 1. C. ej. tit.

hier beyzuſetzen: „Ea, quae advocati praesentibus his, quorum causae aguntur, allegant, perinde habenda sunt, ac si ab ipsis dominis litium proferantur.“ — Damit wäre nun auch der ganze, nur aus 3 Conſtitutionen beſtehende Titel gegeben, da die 2te Conſtitution deſſelben in der 18. Anmerk. abgedruckt iſt. Ich habe nun dieſer Stelle ſchon in meinem

Handbuch des gem. deutſchen ord. Proceſſes, I. Bd. Stuttg. 1823. §. 84. Anmerk. 1. S. 142—145.

eine nähere Unterſuchung gewidmet, allein ich muß hier das Geſtändniß ablegen, daß ich meine frühere Meinung geändert habe. Die frühere Literatur hierüber habe ich bereits ſchon dort angegeben, und die neuere habe ich nur noch zu ergänzen. Von dieſer Conſtitution handeln nehmlich noch Linde in ſeinen

Abhandl. aus dem deutſchen gem. Proceſſe, I. Bd. Bonn 1823. 5. Abh. §. 4. S. 152—167.

und

Mühlenbruch, Ausbeute von Nachforſchungen über verſchiedene Rechtsmaterien, II. Thl. Greifswalde 1827. S. 298—306.

Im Ganzen läuft Alles auf die Worte „id est triduo proximo“ unſerer Conſtitution hinaus, und wir wollen vor allen Dingen ſehen, wie die Baſiliken dieſe Stelle wieder geben. Sie findet ſich in dem

L. VIII. tit. 1. (Ed. *Fabr.* Tom. I. Fr. 43. p. 407. Ed. *Heimbach.* Fr. 42. Tom. I. p. 356. u. in Meerm. Thes. J. C. et C. Tom. III. p. 43.)

„Τὴν ἀποφάσει τμηθεῖσαν δίκην μηδὲ βασιλέως ἀνακαλείτω ἀντιγραφή. μὴ μάτην οὖν τὴν πλάνην αἰτιῶ τῶν συνηγόρων, παροῦσα καὶ μὴ παραχρῆμα ἀντειποῦσα, ἢ ἐκκαλεσαμένη τὴν ἀπόφασιν.“

„Sententia decisum negotium ne Principis quidem rescripto revocari oportet. Advocatorum igitur errorem frustra ne incuses, cum praesens fueris, nec ex continenti contradixeris, nec a sententia appellaveris.“

Merkwürdig iſt allerdings die Scholie des Thaleläus hiezu bey Heimbach

l. s. c. p. 357. u. in Meerm. Thes. l. s. c. p. 43. u. 44.

„Δικασαμένη γυνὴ καὶ κατακριθεῖσα, καὶ μὴ ἐκκαλεσαμένη προςῆλθε βασιλεῖ, ἀνατρέψαι βουλομένη τὴν ἀπόφασιν διὰ τοῦ λέγειν, ὅτι ἐκ τῆς πλάνης τοῦ δικολόγου μου κατεδικάσθην. κεκανόνισται δὲ μὴ βλάπτεσθαι τοὺς δικαζομένους, ἐξ ὧν οἱ δικολόγοι πλανῶνται. ἀλλὰ ἡ διάταξις μὴ προςδεξαμένη τὴν ταύτης δέησιν ἀντέγραψεν αὐτῇ οὕτως· τὰς πληρωθείσας διὰ τῶν ἀποφάσεων δίκας βασιλικὴν διάταξιν ἀνακαλεῖσθαι οὐ χρή. οὐδὲ γὰρ ὅτι νενομοθέτηται, ἡ τῶν συνηγόρων πλάνη τοὺς δικαζομένους μὴ βλάπτει, τοῦτό σοι βοηθῆσαι δύναται, ὁπότε σαυτὴν παροῦσαν τῇ δίκῃ οὔτε φανερῶς ἐκ τοῦ παραχρῆμα, τουτέστιν, ἐντὸς τριῶν ἡμερῶν, ἀντειπεῖν, οὔτε μετὰ τὴν ἀπόφασιν τῇ τῆς ἐκκλήτου βοηθείᾳ, εἰ ἀπαρέσκει σοι ἡ ἀπόφασις, χρησαμένην θεματίζεις. Σημείωσαι τὸν κανόνα τῆς διατάξεως, ὅτι οὐδὲ ἀπὸ βασιλικῆς ἀντιγραφῆς δυνατόν ἐστι ἀνατρέπειν τὴν ἅπαξ ἐξενεχθεῖσαν ἀπόφασιν. ἐκ τούτου τοῦ κανόνος οὐδὲ διάλυσιν γενομένην κατὰ νόμους δύναται ἀνατρέπειν ἡ βασιλικὴ ἀντιγραφή· ἐπεὶ δὲ κεκανόνισται ἡμῖν ἐν τῷ δὲ τρανςακτιονίβους τίτλ. δ΄. διατ. κ΄. μὴ ἐλάττονα εἶναι τὴν τῶν διαλύσεων δύναμιν ὑπὲρ τὴν τῶν ἀποφάσεων, οὐκοῦν ὥςπερ ἀπόφασις

„Litigans mulier et condemnata, neque provocatione usa, adiit Imperatorem, eoque sententiam everti vult, quod se advocati errore condemnatam dicat. Jam vero sancitum est, advocatorum erroribus litigantium allegationes haud laedi. Sed Imperator ejus preces non admittens sic rescripsit: sententiis finitas lites Principum rescriptis revocari non oportet. Neque enim quod constitutum est, advocatorum errores litigantibus non nocere, tibi auxilio esse potest; cum te praesentem causae nec palam ex continenti, id est, intra triduum, contradixisse, neque post sententiam provocationis remedio, si tibi sententia displiceret, usam esse proponas. Observa constitutionis regulam, ne rescripto quidem Principis sententiam semel latam revocari posse. Neque ex eadem regula transactionem jure factam Principis rescriptum evertere potest. Quoniam vero in tit. 4. const. 20. de Transactionibus constitutum est, transactionum vim non minorem esse, quam sententiarum; nonne sicut sententia Principis rescripto

οὐδὲ ἐκ βασιλικῆς ἀντιγραφῆς ἀνατρέπεται, οὕτως οὐδὲ διάλυσιν δυνατὸν ἐκ βασιλικῆς ἀντιγραφῆς ἀνατρέπεσθαι; σημείωσαι δὲ τὸν δεύτερον κανόνα αὐτῆς τὸν λέγοντα, τὴν τῶν δικολόγων πλάνην τοῖς δικαζομένοις μηδεμίαν βλάβην ποιεῖν. ἀλλὰ μὴ νόει τοῦτο ἀπολελυμένως, ἀλλ' ὡς ἐπήγαγεν ἡ διάταξις αὕτη, ἡνίκα παρὼν ὁ δικαζόμενος παραχρῆμα, τουτέστιν, ἐντὸς τριῶν ἡμερῶν μετὰ τὴν δικαιολογίαν ἀντεῖπε τῇ τοῦ δικολόγου πλάνῃ, μᾶλλον δὲ τὸ ex continenti. πλατύτερον δὲ δίδωσιν ἡμῖν νοεῖν ἡ διάταξις, ἵνα ἐν ὅλῳ τῷ πρὸ τῆς ἀποφάσεως χρόνῳ δύνηται ὁ συνηγορούμενος ἀντιλέγειν περὶ τῆς συνηγόρου πλάνης. ἰδοὺ γὰρ τῷ ex continenti ἀντιέστειλεν ἡ διάταξις τὸ neque post sententiam. εἰ οὖν πρὸ τῆς ἀποφάσεως ἐντὸς τριῶν ἡμερῶν μετὰ τὴν δικαιολογίαν ὀφείλει τις ἀντιλέγειν περὶ τῆς τοῦ συνηγόρου πλάνης, ἢ μετὰ τὴν ἀπόφασιν ἐκκαλεῖσθαι, ἐπεὶ πρόκριμα τελείως αὐτῷ γίνεται κατὰ τὴν προκειμένην διάταξιν. καὶ μὴ νόμιζε ἄτοπόν τι ποτὲ λέγειν, εἰ τὸ ex continenti πρὸς ὅλον τὸν τῆς δίκης χρόνον παρεκτείνεται. καὶ γὰρ ἐν τῷ de Pactis τῶν πρώτων μεμαθήκαμεν, ὅτι ἐπὶ τοῦ ἐπιτροπευομένου ex continenti νόησον ὅλον τὸν ἕως ἀποφάσεως χρόνον. κατὰ τοῦτο οὐ βλάπτει τὸν συνηγορούμενον ἡ τοῦ συνηγόρου πλάνη, κατὰ τὸ

non evertitur, ita nec transactio Principali rescripto everti potest? Observa vero alteram quoque constitutionis regulam, qua dicitur, advocatorum errores litigantibus nihil damni inferre. Sed hoc noli absolute intelligere, sed ut ipsa constitutio id expressit, quando praesens litigator statim, id est, intra triduum post actam causam advocati errori contradixerit, vel potius *ex continenti.* Hoc vero latius accipi vult constitutio, ita ut omni ante sententiam latam tempore litigator advocati errori contradicere possit. Vide enim, ut constitutio verbis *ex continenti* opposuerit illa, *neque post sententiam.* Ergo ante sententiam proximis tribus post disceptationem diebus advocati errori quis contradicere debet, vel post sententiam provocatione uti, quod aliter ipsi secundum hanc constitutionem praejudicium affertur. Neque absurdi quid dici putes, si verba *ex continenti* ad totum litigationis tempus extendantur. Etenim in prima Digestorum parte *de Pactis* didicimus in eo, qui sub tutela est, per verba *ex continenti* omne tutelae tempus intelligi. Quare et hic verba *ex continenti* specialiter in

δύνασθαι αὐτὸν πρὸ τῆς ἀποφάσεως ἐπανορθώσασθαι. εἰ γὰρ μηδὲ ἕτερον ἐποίησε τῶν δύο, βλάπτεται ἀμάχως ἐκ τῆς τοῦ συνηγόρου πλάνης.“

---

constitutione adjecta capias pro toto usque ad sententiam tempore. Atque ita advocati error litigatori nihil damni affert, propterea quod ante sententiam ejus lapsum emendare, et post sententiam provocare potest. Nisi alterutrum fecerit, sine controversia advocati errore laeditur.“

ſodann die weitere eines unbekannten Scholiaſten

Ed. *Fabr.* l. s. c. p. 409. Schol. *q*. Ed. *Heimbach*, Tom. I. p. 359.

„Σημείωσαι τὸν Θαλελαῖον λέγοντα, τὸν προτότυπον δύνασθαι τὴν τοῦ συνηγόρου πλάνην ἐντὸς τριῶν ἡμερῶν ἀνακαλεῖσθαι. μᾶλλον δὲ νόει ἐν ὅλω πρὸ τῆς ἀποφάσεως λόγη. ζήτει καὶ βιβ. ί. τίτλ. β'. κεφ. ιά. θέμ. β'. καὶ ἴσθι, ὅτι ὁ δικαστὴν παραιτησάμενος εἴσω τριῶν ἡμερῶν μετὰ τὴν παραίτησιν ὀφείλει αἱρετὸν ἐπιλέξασθαι, ὡς βιβλ. ζ'. τίτλ. στ'. κεφ. ιστ'. ἢ ἔσωθεν τριῶν ἡμερῶν νοεῖται τό ex continenti, ἢ παρ' ὅλων τῶν χρόνων τῆς δίκης.“

„Nota, Thalelaeum dicere, litis dominum errorem advocati intra triduum posse revocare: imo vero intellige in tota lite ante sententiam. Quaere etiam lib. 10. tit. 2. cap. 11. them. 2. Et scias, eum, qui judicem recusaverit, intra triduum post recusationem arbitrum eligere debere, ut lib. 7. tit. 6. cap. 16. Quod dicitur, ex continenti, vel intra triduum intelligendum est, vel durante tota lite.“

Daß nun die Worte „id est triduo proximo“ ein ſpäteres Einſchiebſel ſeyen, entweder ein Tribonianiſches oder ein noch ſpäteres, dafür gebricht es uns an allen Belegen, auch kann dieſe Behauptung ſich nicht auf die Auctorität eines einzigen Codex ſtützen, und ſo von allen Auctoritäten dießfalls verlaſſen, erſcheint mir eine ſolche Behauptung zu gewagt. Daß in den Baſilicen dieſe Worte ausgelaſſen ſind, iſt für mich noch keine hinreichende Auctorität, denn der Gründe, warum ſie aus denſelben ausgelaſſen wurden, möchten ſich wohl gar viele und verſchiedene denken laſſen. Aber merkwürdig iſt wenigſtens für mich, daß Thaleläus auf dieſe Worte wieder zurückkommt, und daß er die Worte unſerer Conſtitution, und zwar, wie es nach dem

ganzen Zuſammenhang ſcheint, gerade in der Abſicht, um die lückenhafte Stelle der Baſiliken zu ergänzen, wieder anführt. Allein in der Ausführung des Thaleläus ſelbſt findet ſich eine bedeutende Lücke. Denn Thaleläus ſchreibt hier der Parthie ein Widerrufsrecht bis zur Eröffnung des Erkenntniſſes zu. Ob aber und welcher Unterſchied zwiſchen dem Widerruf intra triduum oder post triduum, jedoch ante publicatam sententiam Statt finde? darüber ſagt er kein Wort. War er hierüber ſelbſt im Zweifel, oder war es eine damals hinreichend bekannte Sache: daß keiner, oder daß ein und welcher Unterſchied zwiſchen dem Widerruf in den gedachten Zeiträumen Statt finde? und hat Thaleläus etwa deßwegen nichts hievon bemerken wollen? Daß nun ein Unterſchied zwiſchen dem Contradicere ex continenti, welchem das triduo proximo, und dem contradicere post triduum aber ante publicatam sententiam, und dem contradicere in der Ations-Inſtanz Statt gefunden habe, dieß müſſen wir nach allen Umſtänden annehmen, denn ſonſt wäre es doch wirklich kaum begreiflich, warum das contradicere triduo proximo hier eine ſo ausgezeichnete Rolle ſpiele. — Da aber die Stelle immer noch ſehr dunkel iſt, ſo laſſen ſich nur Vermuthungen aufſtellen. Unter den Vermuthungen iſt mir aber diejenige die wahrſcheinlichſte, daß, wenn die Parthie entweder ex continenti oder wenigſtens triduo proximo contradicirte, ſie durch den bloßen Act des Contradicirens ſchon die Behauptung ihres Advocaten entkräftete, daß aber, wenn ſie erſt post triduum contradicirte, der bloße Act des Contradicirens zu Entkräftung der Behauptung des Advocaten nimmer hinreichend war, ſondern daß von der Parthie erſt noch ein gültiger Grund des Contradicirens nachgewieſen werden mußte. Allein, ob dieſe Stelle in Betreff des triduum jezt noch anwendbar ſey? iſt in der That nicht nur zu zweifeln, ſondern dieſe Frage vielmehr zu verneinen. Dagegen aber kann keinem Zweifel unterliegen, daß noch jezt, wenn ein Advocat unrichtige factiſche Behauptungen aufſtellt, und die Parthie denſelben ſogleich widerſpricht, oder ſie berichtigt, ſie mit dem Beweiſe des Irrthums und der Unrichtigkeit nicht belaſtet werden kann.

§. 369. S. 115—119.

Was wir von den Grundſätzen des Römiſchen Rechts in Beziehung auf die Belohnung der Advocaten wiſſen, beſchränkt ſich zunächſt auf Folgendes: daß die Lex Cincia, welche man gewöhnlich in das J. 550. nach Erb. R., übrigens ohne nähere Belege ſetzt, und welche auch unter dem Namen der Lex muneralis bekannt iſt, nach Feſtus

De V. S. voce „muneralis.“

„*Muneralis lex* vocata est, qua Cincius cavit, ne cui liceret munus accipere. Plautus

„Neque muneralem legem, neque lenoniam, rogata fuerit, nec ne, flocci aestimo.“

ſich ſchon mit dieſer Sache beſchäftigte, dafür finden wir einen ganz beſtimmten Beleg bey Tacitus

Annal. L. XI. cap. 6.

denn er ſagt ausdrücklich: „Lege Cincia cavetur antiquitus, ne quis, ob causam orandam, pecuniam donumve accipiat.“ Die Lex Cincia ſcheint jedoch wieder in Vergeſſenheit gerathen zu ſeyn, denn von Cäſar Auguſt meldet uns Dio Caſſius

Histor. L. LIV. cap. 18.

„καὶ τοὺς ῥήτορας ἀμισθὶ συναγορεύειν, ἢ τετραπλάσιον ὅσον ἂν λάβωσιν ἐκτύνειν ἐκέλευσε“ — die Sache kam jedoch unter Claudius wieder zur Sprache, und nach einer Debatte im Senate — Tacitus

l. s. c. cap. 5. u. 6.

gab Claudius den Ausſchlag dahin nach Tacitus

l. s. c. cap. 7.

„posuit modum usque ad dena sestertia, quem egressi repetundarum tenerentur.“ — Dieſe Belohnung ſcheint jedoch ſehr hoch geweſen zu ſeyn, denn nach Wurm

De ponderum nummorumque rationibus apud Romanos et Graecos. Stuttg. 1820. Tab. XI. p. 203.

würden dena sestertia, wenn man nehmlich darunter 10 millia sestertium verſteht, den Denar zu 73 Gran gerechnet, 954 fl. 58 kr. im 24 fl. Fuß, und den Denar zu 63 Gran gerechnet, 824 fl. 9 kr. betragen haben. Der Senat hatte jedoch den Muth noch nicht verloren, ſeinen Antrag auf

Wiederherſtellung der Lex Cincia, welche Claudius nach Tacitus

Annal. L. XIII. cap. 42.

zunächſt aus Rückſicht auf einen gewiſſen Suilius in der angegebenen Weiſe abgeändert hatte, zu ſtellen, und nach Tacitus

l. s. c. cap. 4.

„Multaque arbitrio Senatus constituta sunt: Ne quis ad causam orandam mercede aut donis emeretur“ — drang er unter Nero wenigſtens theilweiſe durch, und mit dieſer Nachricht ſtimmt auch die des Suetons in ſeinem

Nero Claudius Caesar. cap. 17.

überein, denn die Stelle, welche auch unſer Verfaſſer S. 116. anführt, iſt unvollſtändig, und heißt vollſtändig ſo: „Cautum etc. ut litigatores pro patrociniis certam justamque mercedem, pro subselliis *nullam omnino* darent.“ — wonach alſo Sueton mit Tacitus vollkommen übereinſtimmt. Unter Trajan kam jedoch, wie uns Plinius

Epist. L. V. ep. 14.

berichtet, aus Veranlaſſung eines Tuscillus Nominatus die Sache wieder zur Sprache, und nun erfolgte, was der Verfaſſer S. 117. Anmerk. 30. aus Plinius

l. s. c. cap. 21.

wörtlich und richtig berichtet. Bey dieſem Letzteren ſcheint es nun auch ſein Bewenden gehabt zu haben, denn auch Ulpian beſtimmt in der vom Verfaſſer S. 117. Anmerk. 32. bereits berührten und dort abgedruckten

Fr. 1. §. 12. De extraordinariis cognit. (50, 13.)

die licitam quantitatem auf 100 Aureos. Ein Aureus aber betrug nach Wurm

l. s. c. p. 38.

100 Seſtertien, alſo betrug ſie 100 × 100 = 10,000 Seſtertien, welche Summe der von Claudius bereits beſtimmten gleichkommt. Wir müſſen jedoch hiebey nicht denken, daß jeder Advocat für jede Sache geradezu dieſe bedeutende Summe habe fordern können, denn einmal iſt dieß ſchon nach der Verordnung des Claudius etwas zweifelhaft, ganz gewiß aber ergibt ſich aus der Nachricht des Plinius, welche vollſtändiger als die des Tacitus iſt, in

welch letzterer nehmlich auf das Wort „duntaxat“ „höchſtens“ ein großes Gewicht zu legen iſt, daß hiedurch nur im Maximum beſtimmt werden wollte, innerhalb der Gränzen dieſes Maximums hatte jedoch der Richter noch einen Spielraum für die Ermäßigung deſſelben in einzelnen Fällen, wie wir auch aus dem S. 117. Anmerk. 32. abgedruckten

Fr. 1. §. 10. D. de extr. cognit. (50, 13.)

erſehen, wo jedoch das Schlußwort nicht „debet“, ſondern debes heißt. Nur in Beziehung auf Vorauszahlungen erhielt das Trajan'ſche Senatus-Conſult, nach welchem ſolche verboten waren, eine Abänderung, wie unſer Verfaſſer bereits richtig bemerkt hat.

§. 370. S. 119—122.

Allerdings iſt ein pactum de quota litis aber nicht nur dem Advocaten, ſondern überhaupt verboten, wie dann Ulpian

Fr. 53. D. de pactis. (2, 14.)

„Sumptus quidem prorogare litiganti honestum est: pacisci autem, ut non quantitas eo nomine expensa cum usuris licitis restituatur, *sed pars dimidia ejus, quod ex ea lite datum erit:* non licet.“ — von dem Falle handelt, wenn Jemand einem Andern zur Führung eines Rechtsſtreits Geld geliehen hatte, und des Imperator Conſtantins

Const. 5. C. de postul. (2, 6.)

„Si qui advocatorum existimationi suae immensa atque illicita compendia praetulisse sub nomine honorariorum ex ipsis negotiis, quae tuenda susceperint, emolumenta sibi certae partis cum gravi damno litigatoris et depraedatione poscentes fuerint inventi: placuit, ut omnes, qui in hujuscemodi saevitate permanserint, ab hac professione penitus arceantur.“ — droht den Advocaten insbeſondere noch mit der Entfernung vom Amte. Wie es aber mit dem Verſprechen eines beſondern Palmariums zu halten ſey? darüber gibt uns Ulpian

Fr. 1. §. 12. D. de extr. cognit. (50, 13.)

Aufſchluß. „Si cautum est honorarium, vel si quis de lite pactus est: videamus, an petere possit? Et quidem de pactis ita est rescriptum ab Imp. nostro, et Divo patre ejus: Litis causa malo more pecuniam tibi pro-

missam ipse quoque profiteris, sed hoc ita jus est, si suspensa lite societatem futuri emolumenti cautio pollicetur: si vero post causam actam cauta est honoraria summa, peti poterit usque ad probabilem quantitatem, etsi nomine palmarii cautum sit: sic tamen, ut computetur id, quod datum est, cum eo, quod debetur: neutrumque compositum licitam quantitatem excedat. Licita autem quantitas intelligitur pro singulis causis usque ad centum aureos." — Vorzüglich aber kommt hier das Reſcript der Imperatoren Antonin (Elagabalus) und Alexander Severus in Betracht. Daß wenn ein Advocat suspensa (sc. pendente) lite, d. h. ſo lange der Rechtsſtreit noch dauert, denn die lis suspensa wird hier offenbar der causa acta, dem bereits entſchiedenen Rechtsſtreit entgegengeſetzt, eine societatem futuri, d. h. durch den Rechtsſtreit zu erzielenden emolumenti ſich habe verſprechen laſſen, d. h. offenbar ein pactum de quota litis eingegangen habe, ſo ſey dieſes Verſprechen als malo more, d. h. contra bonos mores eingegangen, verwerflich. Wenn aber ein Honorar nach Erledigung des Rechtsſtreits (post causam actam) verſprochen worden ſey, ſo könne dieſes usque ad probabilem quantitatem, worunter nur die licita quantitas, wie ſie weiter unten genannt wird, verſtanden ſeyn kann, gefordert werden, ſelbſt wenn das Honorar als palmarium bedungen worden ſey. Per argumentum e contrario aber folgt hieraus: daß ſich der Römiſche Advocat während der Dauer des Rechtsſtreits weder ein Honarar noch ein Palmarium verſprechen laſſen konnte, was gewiß noch eine Folge des Trajan'ſchen Scts war (vgl. oben S. 9.), und hierauf iſt auch der Imperatoren Valentinian und Valens

Const. 6. §. 2. C. de postul. (2, 6.)

„Praeterea nullum cum eo litigatore contractum, quem in propriam recepit fidem, ineat advocatus: nullam conferat pactionem." — zu beziehen, denn auch hieraus geht ja hervor, daß der Advocat, wenn er eine Parthie annahm, keinen Vertrag irgend einer Art mit ihr abſchließen konnte, und es iſt dieſe Stelle nicht bloß, wie

Bülow, Abhandlungen über einzelne Materien des Römiſchen bürgerlichen Rechts, I. Thl. Braunſchw. 1817. S. 155—159.

auszuführen verſuchte, auf das pactum de quota litis zu beſchränken, denn nur post causam actam konnte ja ein Theil des Streitgegenſtands als Honorar oder Palmar verſprochen werden. Das pactum de quota litis iſt nur lite suspensa s. pendente denkbar, wie es auch Ulpian ganz richtig societatem ſuturi emolumenti nennt. Nun entſteht aber die Frage: Konnte ſich der Römiſche Advocat nach bereits beendigtem Rechtsſtreit neben dem Honorar noch ein Palmar — Siegeslohn gültig verſprechen laſſen? und dieſe Frage wird nun im Verfolg dahin beantwortet: Wenn das Honorar und Palmar zuſammengerechnet das erlaubte Maximum von 100 Aureis nicht überſteigen, ſo könne Beides zuſammenbeſtehen, nur müſſe der bereits geleiſtete Vorſchuß in das Maximum eingerechnet werden. Würden aber Beide zuſammen die Summe überſteigen, ſo könnte der Advocat nur das Maximum in Anſpruch nehmen, und würde ſonach ſchon eines derſelben das Maximum erreichen, ſo könnte von dem andern nun keine Rede mehr ſeyn. Unbedingt war alſo der Verſpruch eines Palmars dem Römiſchen Advocaten nicht unterſagt, ſondern nur bedingt, nehmlich

a) während der Dauer des Rechtsſtreits,

b) durfte das Maximum nicht überſchritten, und

c) neben dem Palmar nicht noch ein beſonderes Honorar gefordert, ſondern das Honorar mußte in Beziehung auf das Maximum in das Palmar eingerechnet werden. Wie aber machen wir es jetzt, da wir das Römiſche Maximum gar nicht kennen, und es niemalen in unſere Praxis übergegangen iſt? Gewiß iſt nun, und in ſo weit iſt auch das Römiſche Recht ganz gewiß noch anwendbar, daß während des Rechtsſtreits der Advocat ſich neben dem Honorar nicht noch ein beſonderes Palmar verſprechen laſſen darf, wie auch unſer Verfaſſer S. 120 u. 121, Hagemann in den

practiſchen Erörterungen, VII. Bd. Hannover 1824. S. 174—176.

und Pfeiffer in den

practiſchen Ausführungen, I. Bd. Hannover 1825. S. 339—341.

ganz richtig behaupten, ob aber nach Entſcheidung des Rechtsſtreits; dieß iſt eine andere Frage. Klar iſt, daß jedenfalls nicht nur die Vorſchüſſe und das eigentliche Honorar in daſſelbe eingerechnet werden müſſen, aber in Beziehung auf

den Ueberreſt fehlt uns das Römiſche Maximum, und was ſollen wir nun aus dieſem Mangel ſchließen — etwa, daß der Advocat ſein Honorar als Palmar nun unbeſchränkt ausdehnen, oder daß er jetzt nur noch ſein Honorar und kein Palmar mehr fordern könne? Das Erſtere ſcheint unſer Verfaſſer am Schluſſe unſers §. S. 122. zu behaupten, und man könnte etwa hiefür anführen, daß, weil die Praxis die Schranke habe fallen laſſen, nunmehr unbeſchränkt ein ſolches Verſprechen gültig ſey. Ich aber behaupte das Letztere. Denn das Römiſche Recht hat einen ſolchen Vertrag nur mit einer gewiſſen Beſchränkung als gültig, im Uebrigen aber für unerlaubt angeſehen, es hat alſo eine Regel und eine Ausnahme aufgeſtellt. Fällt nun die Ausnahme — der Beſchränkung wegen — ſo tritt die Regel ein. Nach der Regel aber iſt ein ſolcher Vertrag auch nach Entſcheidung des Rechtsſtreits unerlaubt. Meiner Anſicht nach kann daher nach heutigem Recht kein Advocat auch nach Entſcheidung des Rechtsſtreits eine Erhöhung ſeines ihm gebührenden Honorars auf dem Vertragswege bewirken. Mit dieſen Bemerkungen aber ſchließe ich nun den vorliegenden, ohnehin dem Proceßrecht angehörigen Titel.

Tit. 2.

De his, qui notantur infamia.

---

§§. 374—385. S. 129—217.

Zu der vom Verfaſſer in der Anmerk. 66. S. 129. angegebenen Literatur habe ich noch folgende nachzutragen:

Hübner, über Ehre und Ehrloſigkeit. Leipzig 1800.

Hagemeiſter, über den weſentlichen Unterſchied zwiſchen der römiſchen infamia und der deutſchen Ehrloſigkeit (in Hugo's civiliſtiſchem Magazin, III. Bd. S. 163—182.)

Burchardi de infamia ex disciplina Romanorum. Kiel 1819.

Molitor, de minuta existimatione. Lov. 1824.

Marezoll, über die bürgerliche Ehre, ihre gänzliche Entziehung und theilweiſe Schmälerung. Gießen 1824.

Daß dieſe Lehre eine der ſchwierigſten iſt, gebe ich herzlich gerne zu, und ich erkenne ferner an, daß dieß

mich veranlaſſen ſollte, hier Nachträge zu des Verfaſſers Darſtellung zu geben. Allein ſchon das Römiſche Recht geht in dieſer Lehre von keinen feſten Anhaltspunkten aus. Eine vollſtändige geſchichtliche Behandlung deſſelben kann daher auch nur zu Bruchſtücken führen. Was immer aber auch das Ergebniß einer ſolchen Forſchung, welche man am vollſtändigſten bey Marezoll findet, ſeyn dürfte, ſo wird damit für die Wiſſenſchaft ſowohl als das practiſche Leben nichts gewonnen, denn das Römiſche Recht hat eigentlich dießfalls nie recht in Deutſchland feſten Fuß gefaßt. — Was nun eigentlich aber in Deutſchland dießfalls für Grundſätze Statt finden? und in wie weit das Canoniſche Recht Platz gegriffen? dieß ſind Aufgaben, welche in der That nicht zu löſen ſind. Gibt es aber je ein dringendes Bedürfniß, der Sache nachzuhelfen, ſo iſt dieß bey der vorliegenden Lehre der Fall. Aber dann wird man freilich auch finden, daß dieſe zunächſt dem Strafrecht angehörige Lehre nicht nur mit dem Staatsrecht innig verzweigt iſt, ſondern daß auch erſt dann, wenn feſte Grundſätze einmal gegeben ſind, hievon eine Anwendung auf das Civilrecht gemacht werden kann.

Tit. 3.
De procur. et defensoribus.

§§. 386—404. S. 218—301.

und

Tit. 4.
Quod cujusque universitatis nomine.

§§. 405—414. S. 303—317.

Dieſe beiden Titel übergehe ich, als zunächſt in's Proceßrecht gehörig.

Tit. 5.

De negotiis gestis.

---

§. 415. S. 318—322.

Wer ſich in die Angelegenheiten eines Andern — wenn ſie gleich außergerichtlich ſind — miſcht, ohne daß er einen Auftrag hiezu erhalten hat, hatte nach dem frühern Römiſchen Civilrecht keine Klage gegen dieſen. Denn gerade, weil er keinen Auftrag hatte, ſtand er ja mit dieſem Andern in keinem Vertrags-Verhältniß. Dieſer Mangel an einem Klagerecht mochte nun auch Manchen abhalten, ſich fremder Angelegenheiten, beſonders wenn dieß nur mit einem Koſtensaufwand geſchehen konnte, anzunehmen, und darunter litt nun offenbar derjenige, deſſen Angelegenheiten beſorgt worden wären, wenn der Beſorgende hiedurch ein Klagerecht erworben haben würde. Insbeſondere konnte ein Abweſender hiedurch beſchädigt werden. Da trat nun der Prätor, das Civilrecht ergänzend, in's Mittel, indem er in ſein Edict, wie uns Ulpian belehrt, Folgendes aufnahm:

Fr. 3. pr. D. de neg. gest. (3, 5.)

„Ait praetor: *Si quis negotia alterius, sive quis negotia, quae cujusque, cum is moritur, fuerint, gesserit: judicium eo nomine dabo.*“ — Auch drückt ſich derſelbe über den Zweck dieſes Edicts

Fr. 1. D. ej. tit.

ganz richtig ſo aus: „Hoc edictum necessarium est: quoniam magna utilitas absentium versatur, ne indefensi rerum possessionem, aut venditionem patiantur, vel pignoris distractionem, vel poenae committendae actionem, vel injuria rem suam amittant.“ — womit auch der

§. 1. I. de oblig. quasi ex contr. (3, 27.)

übereinſtimmt: „Idque utilitatis causa receptum est, ne absentium, qui subita festinatione coacti, nulli demandata negotiorum suorum administratione, peregre profecti essent, desererentur negotia: quae sane nemo curaturus esset, si de eo, quod quis impendisset, nullam habiturus esset actionem.“ — Um nun aber einem Sol-

chen, welcher die Angelegenheiten eines Andern ohne deſſen Auftrag beſorgt hatte, eine ihm von dem Civilrecht verweigerte Klage geben zu können, mußte der Prätor denſelben dem Mandatar gleichſtellen. Dieß geſchah nun, indem er mittelſt einer Fiction annahm, daß ein Solcher mit dem Mandatar in gleiche Linie zu ſtellen ſey, und dieß geſchah dadurch, daß man die ex negotiorum gestione entſpringende Verbindlichkeit als eine obligatio quasi ex contractu, d. h. quasi ex mandato anſahe. Die Stelle **Ulpians**

Fr. 3. §. 6. D. h. t.

„Haec verba *sive quis negotia, quae cujusque, cum is moritur, fuerint, gesserit*, significant illud tempus, quo quis post mortem alicujus negotia gessit, de quo fuit necessarium edicere: quoniam neque testatoris jam deſuncti, neque haeredis, qui nondum adiit, negotium gessisse videtur. Sed si quid accessit post mortem, utputa partus, et foetus, et fructus, vel si quid servi acquisierint: et si ex his verbis non continentur, pro adjecto tamen debent accipi." — aber verdient noch eine genauere Beleuchtung. Man ſieht nehmlich aus dieſer Stelle, daß man auch die Angelegenheiten einer Maſſe, ſey es nun eine Erb- oder Gantmaſſe, beſorgen kann. Denn wenn gleich hiebey nicht geſagt werden kann, daß man die Angelegenheiten einer beſtimmten Perſon beſorgt habe, ſo wird doch dadurch die vorliegende Klage nicht ausgeſchloſſen. Hieraus ergibt ſich nun auch klar, daß, was auch unſer Verfaſſer am Schluſſe und

§§. 417—418. S. 322 u. 323.

bemerkt, die negotiorum gestorum actio nicht auf einer ſtillſchweigenden Einwilligung, ſondern vielmehr nur auf einer Fiction des Prätors, welcher die negotiorum gestio mit dem mandatum auf gleiche Linie ſtellte, beruht. Was aber die Verbindlichkeit der Unmündigen, welche der Verfaſſer am Schluſſe unſers §. S. 323. nur leicht berührt, betrifft, ſo verdient dieſelbe eine genauere Erörterung. **Ulpian** belehrt uns in dem

Fr. 3. §. 3. D. h. t.

„Pupillus sane, si negotia gesserit, post rescriptum Divi Pii etiam conveniri potest in id, quod factus est locu-

pletior: agendo autem, compensationem ejus, quod gessit, patitur." — Daß die Lesart „Pupillus" die richtige ſey, wie auch unſer Verfaſſer bemerkt, hat für mich nicht das mindeſte Bedenken, denn einmal hat die „pupilli" die Auctorität auch nicht eines einzigen Codex für ſich, ſodann aber enthält dieſe Stelle offenbar einen Gegenſatz, welcher, wenn man das Wort „pupillus" in „pupilli" umwandeln wollte, ganz unverſtändlich wäre. Der erſte Satz unſerer Stelle handelt nun von dem Unmündigen, welcher die Angelegenheiten eines Andern beſorgt hat, und führt ein Reſcript des Imperator Antoninus Pius (Divus Pius hier genannt) an, wonach der Unmündige in einem ſolchen Falle gleichfalls belangt werden könne, jedoch nur in ſo weit, als er durch die negotiorum gestio bereichert worden iſt. Unter Bereicherung aber iſt nach der Paraphraſe des **Theophilus**

L. II. tit. 8. §. 2. (Ed. *Reitz*, Tom. I. p. 314.)

Folgendes zu verſtehen:

„Τυχὸν γὰρ οἰκίαν ανώρθωσεν, ἢ ἰδίους ἀγροὺς ἐφιλοκάλησεν, ἢ διδασκάλοις παρέσχε μισθοὺς, ἢ κρεδίτορσι παρέβαλεν."	„Forte enim donum instauravit, aut agros suos instruxit, aut praeceptoribus mercedes praebuit, aut creditoribus solvit."

Für bereichert aber wird er nicht nur dann angeſehen, wenn wirklich ſeine ökonomiſche Lage ſich verbeſſert hat, ſondern auch ſchon dann, wenn gleich dieſe Verbeſſerung nachher wieder verſchwunden iſt, ſein eigenes Vermögen aber ſich nicht vermindert hat nach **Marcian**

Fr. 47. §. 1. D. de solut. (46, 3.)

„Plane, ut Scaevola ajebat, etiamsi perierit res ante litem contestatam, interdum quasi locupletior factus intelligitur: id est, si necessariam sibi rem emit, quam necessario de suo erat emturus: nam hoc ipso, quo non est pauperior factus, locupletior est." — Setzen wir z. B. den Fall, der Unmündige hatte Gelder des Andern in einen Papierhandel geſteckt, und durch das Steigen der Papiere die Summe von 500 fl. gewonnen, dieſe 500 fl. aber auf Ausbeſſerung ſeines Hauſes, welchem der Einſturz drohte, verwendet, nachher aber iſt ſein Haus abgebrannt, ſo wird er doch, wenn gleich jene 500 fl. im Rauche aufgegangen ſind, als hiedurch bereichert angeſehen,

weil

weil er ja dieſe 500 fl. nicht aus ſeinem eigenen Vermögen beſtritten hat, und ſomit um dieſelben nicht ärmer geworden iſt. Für die Frage: ob der Unmündige aber als bereichert anzuſehen ſey? entſcheidet der Zeitpunkt der Litis-Conteſtation nach Paulus

Fr. 37. pr. D. h. t.

„Litis contestatae tempore quaeri solet, an pupillus, cujus sine tutoris auctoritate negotia gesta sunt, locupletior sit ex ea re factus, cujus patitur actionem.“ — Denn wenn gleich dieſe Stelle zunächſt von dem umgekehrten Falle, wo nehmlich der Unmündige von einem Andern, der ſeine Geſchäfte beſorgt hat, und deßhalb mit der actio negotiorum gestorum contraria belangt wird, handelt, ſo müſſen wir dieß doch auch auf den Fall, wenn der Unmündige ſelbſt die Geſchäfte eines Andern beſorgte, und er dießfalls den Andern mittelſt der a. n. g. contraria belangt, beziehen, und zwar, weil in beiden Fällen der ganz gleiche Grund, nehmlich die Litis Contestatio, vorliegt, worüber ich mir die geeigneten Erläuterungen an einem andern Orte vorbehalte. Nun geht aber unſere Stelle auf den zweiten und Gegenſatz über, wenn nehmlich der Pupill die Geſchäfte eines Andern beſorgt hat, und dieſen mit der a. n. g. contraria belangt, über, und bemerkt: daß er in einem ſolchen Falle die compensationem ejus, quod gessit, erleide. Dieß Letztere ſcheint auf den erſten Anblick etwas dunkel zu ſeyn, klärt ſich aber, wenn man die Sache durch ein Beiſpiel erläutert, auf. Setzen wir nehmlich den Fall, der Unmündige hat durch ſeine Geſchäftsführung 300 fl. gewonnen, hiefür aber 100 fl. aufgewendet, und von den rückſtändigen 200 fl. 100 fl. verpraßt. Nun ſtellt er gegen denjenigen, deſſen Geſchäfte er beſorgt hat, die a. n. g. contraria an, und will nun die von ihnen verpraßten 100 fl. ſowohl als die von ihm aufgewendeten 100 fl. abrechnen, ſo daß alſo für denjenigen, deſſen Geſchäfte er beſorgt hat, nur noch 100 fl. übrig bleiben. Dieſem Anſinnen des Unmündigen könnte nun keineswegs entſprochen werden, denn die 100 fl., welche er verpraßt hat, hat er nicht an dem Gewinn, ſondern an ſeinem eigenen Aufwand abzurechnen, und es wird alſo angenommen, daß er nur dasjenige, was ihm als Erſatz für ſeine eigenen Auslagen von

dem Gewinn bereits erſetzt wurde, verpraßt habe. Wie aber, wenn das Verpraßte den Auslagen-Erſatz überſteigt? dann kann freilich ihm nur der Erſatz ſeiner Auslagen abgerechnet werden, den Reſt aber kann der Andere eben deßwegen, weil er ihn verpraßt hat, und hiedurch nicht locupletior geworden iſt, nicht mehr fordern. Hienach ſind nun auch Minderjährige, welche einen Curator haben, — was nach heutigem Rechte bey Allen der Fall iſt, zu behandeln, wie ich in meiner Schrift

Ueber die Verbindlichkeit rc. Stuttg. 1827. §. 79. S. 84. u. 85.

gezeigt habe.

§. 419. S. 324—338.

Ich bemerke hier, daß man vor allen Dingen einen Fall, deſſen unſer Verfaſſer nicht erwähnt, voranſtellen muß, nehmlich den in Julians

Fr. 6. §. 3. D. h. t.

enthaltenen: „Sed et si quis negotia mea gessit, non mei contemplatione, sed sui lucri causa: Labeo scripsit, suum eum potius, quam meum negotium gessisse: qui enim depraedandi causa accedit, suo lucro, non meo commodo studet. Sed nihilominus, immo magis, et is tenebitur negotiorum gestorum actione. Ipse tamen, si circa res meas aliquid impenderit, non in id, quod ei abest, quia improbe ad negotia mea accessit, sed in quod ego locupletior factus sum, habet contra me actionem.“ — Setzen wir zur Erläuterung deſſelben nun folgenden Fall: A., welcher im Begriffe iſt, eine größere Reiſe anzutreten, hat dem B. eine gewiſſe Anzahl Staatspapiere übergeben. Dieſe Papiere erreichen während der Abweſenheit des A. einen ungewöhnlich hohen Curs, und B. veräußert dieſelben, jedoch nicht in der Abſicht, um die Cursdifferenz dem A. zu gut kommen zu laſſen, ſondern lediglich in der Abſicht, um ſelbſt einen Gewinn hieraus zu ziehen, und in der Hoffnung, noch vor der Rückkehr des A. andere Staatspapiere in einem niedrigeren Curs zu erhalten. Hier hat alſo B. die negotia des A. offenbar, aber nicht contemplatione des A., ſondern sui lucri causa gerirt. Sollte nun dem A., wenn er zurückkehrt, und hört, daß B. an ſeinen Papieren einige hundert Gulden gewonnen habe, die actio negotiorum gestorum

nicht zuſtehen, und ſollte B. ſie mit der Einwendung zurückweiſen können, weil er ja gar nie die Abſicht gehabt, dem A. hiedurch einen Gewinn zu verſchaffen, ſondern lediglich ſeinen eigenen Vortheil bezweckt habe. Keineswegs, ſagt Julian, ſondern gerade deßwegen, weil B. einen rechtswidrigen Gewinn machen wollte (depraedandi causa accedit), ſteht ſie ihm, und zwar noch aus einem höheren Grunde zu, denn wenn ſie ihm ſchon dann zugeſtanden wäre, wenn B. durch den Verkauf der Papiere dem A. hätte einen Gewinn verſchaffen wollen, muß ſie ihm um ſo mehr zuſtehen, wenn B. dieß in der rechtswidrigen Abſicht, ſich ſelbſt zu bereichern, gethan hat. In wie weit aber B. von A. mittelſt der actio negotiorum gestorum contraria den Erſatz ſeiner Auslagen und Koſten fordern könne? davon handelt der zweite Theil unſerer Stelle, und ſpricht ihm ſolche nur, in ſo weit der A. wenigſtens nicht ärmer, oder gar poſitiv bereichert worden iſt, zu. Was ſodann der Verfaſſer unter 1) bis „betrifft" behauptet, iſt ganz dem

Fr. 6. §. 4. D. h. t.

gemäß. Nur der Schluß deſſelben verdient noch eine genauere Erörterung. Er lautet alſo: „Nam et si cui mandavero, ut meum negotium gerat, quod mihi tecum erat commune: dicendum esse Labeo ait: si et tuum gessit sciens, negotiorum gestorum eum tibi teneri." — Wenn alſo das Geſchäft ein dem A. und B. gemeinſchaftliches, dem C. aber nur von A. übertragen iſt, ſo haftet C. dem B. zwar nicht mittelſt der actio mandati, ſondern mittelſt der a. n. g. Von den Worten „Zuweilen" bis zum Schluß von 1) S. 325—327. glaube ich jedoch die Darſtellung des Verfaſſers vervollſtändigen zu müſſen. Dasjenige nehmlich, was Julian in dem

Fr. 6. §§. 8—11. D. h. t.

vorbringt, ſteht mit einander in der innigſten Verbindung, und handelt eigentlich von der Frage: Ob und in wie weit der Irthum die a. n. g. begründe? Der

§. 8.

„Si Titii servum putans, qui erat Sempronii, dedero pecuniam, *ne occideretur*, ut Pomponius ait, habebo negotiorum gestorum adversus Sempronium actionem" — handelt nun von dem Falle, wenn der negotiorum gestor die Geſchäfte

eines Andern gerirt hat, und belehrt uns, daß, wenn gleich A. die Geſchäfte des B. geriren wollte, in der That aber die des C. gerirt hat, ihm demungeachtet die a. n. g., natürlich die contraria gegen den C., deſſen Geſchäfte er wirklich gerirt hat, zuſtehe. Findet nun aber die actio negotiorum gestorum contraria gegen den C. Statt, ſo iſt doch wohl, wenn gleich unſere Stelle hievon nichts enthält, anzunehmen, daß auch die a. n. g. directa des C. gegen den negotiorum gestor Platz greife, und damit ſtimmt auch Ulpian

Fr. 5. §. 1. D. h. t.

überein: „Sed et si, cum putavi Titii negotia esse, cum essent Sempronii, ea gessi, solus Sempronius mihi actione n. g. tenetur." — und

Fr. 45. §. 2. D. h. t.

„Titius pecuniam creditoribus haereditariis solvit, existimans ſororem suam defuncto haeredem testamento extitisse, quamvis animo gerendi sororis negotia id fecisset: veritate tamen filiorum defuncti, qui sui haeredes patri, sublato testamento erant, gessisset: quia aequum est in damno eum non versari, actione negotiorum gestorum id eum petere placuit." — der

§. 9.

„Item quaeritur apud Pedium libro septimo: si Titium quasi debitorem tuum, extra judicium admonuero, et is mihi solverit, cum debitor non esset, tuque postea cognoveris, et ratum habueris: an negotiorum gestorum actione me possis convenire? Et ait, dubitari posse: quia nullum negotium tuum gestum est, cum debitor tuus non fuerit. Sed ratihabitio, inquit, fecit tuum negotium, et sicut ei, a quo exactum est, adversus eum datur repetitio, qui ratum habuit: ita et ipsi debebit, post ratihabitionem adversus me competere actio: sic ratihabitio constituet tuum negotium, quod ab initio tuum non erat, sed tua contemplatione gestum" — geht ſodann auf den Fall über, wenn der Geſchäftsführer ein Geſchäft beſorgt hat, welches eigentlich gar Niemanden Geſchäft war. Wenn nehmlich A. als Geſchäftsführer des B. gegen den C. eine Schuld einklagt, und C. bezahlt dem A. dieſe Schuld, ſpäter aber ſich zeigt, daß C. dem B. gar nichts ſchuldig war, ſo kann weder A. gegen den B. die

actio negot. gestorum contraria, noch C. gegen den B. die condictio indebiti anſtellen. Denn A., wenn er gleich das negotium des B. zu geriren ſuchte, hat es doch wirklich nicht gerirt. Genehmigt aber B. das Verfahren des A., ſo erwirbt er hiedurch nicht nur die a. n. g. directa gegen A., ſondern es wird auch die condictio indebiti des C. und die a. n. g. contraria des A. gegen ihn begründet. Denn durch ſeine Genehmigung wird die Sache in die Lage verſetzt, daß ein Geſchäft, welches zwar in der That nicht das ſeinige war, als das ſeinige (contemplatione sui) aber beſorgt wurde, nunmehr wirklich als ſein Geſchäft angeſehen wird. Nun folgen die

§§. 10. u. 11.

welche wir aber in ihrem Zuſammenhange betrachten müſſen: §. 10. „Idem ait, si Titii debitorem, cui te haeredem putabam, cum esset Sejus haeres, convenero similiter et exegero, mox tu ratum habueris: esse mihi adversus te, et tibi mutuam negotiorum gestorum actionem. Atquin alienum negotium gestum est? Sed ratihabitio hoc conciliat: quae res efficit, ut tuum negotium gestum videatur, et a te haereditas peti possit. §. 11. Quid ergo, (inquit Pedius) si, cum te haeredem putarem, insulam fulsero haereditariam, tuque ratum habueris? an sit mihi adversus te actio? Sed non fore ait: cum hoc facto meo alter sit locupletatus, et alterius re ipsa gestum negotium sit: nec possit, quod alii acquisitum est ipso gestu, hoc tuum negotium videri.“ — Wir haben nehmlich bereits oben bey dem §. 8. (S. 19 u. 20) geſehen, daß, wenn Jemand die Geſchäfte eines beſtimmten Andern zu beſorgen glaubt, in der That aber die eines Dritten beſorgt hat, ihm gegen den Dritten die act. n. g. contraria, ſomit alſo auch dem Dritten gegen ihn die a. n. g. directa zuſtehe. Nun wurde ſchon in dem §. 9, wie in dem §. 10, behauptet, daß wenn derjenige, deſſen Geſchäft der n. g. zu beſorgen glaubt, die n. g. nachher wirklich genehmigt habe, in Folge dieſer Ratihabition ihm auch gegen den vermeintlichen Herrn des Geſchäfts die a. n. g. contraria, ſomit auch dieſem gegen ihn die directa zuſtehe. Julian oder vielmehr Pedius aber wählt im §. 10. das Beiſpiel, wenn Jemand, welcher den A. für den Erben des B. hielt, während es C.

war, eine Schuld von einem Erbſchafts-Gläubiger für den A. eingetrieben. Hatte nun der A. dieſes Geſchäft ratihabirt, ſo haftete dem negot. gestor nicht nur C. nach unſerem §. 8. als derjenige, deſſen Geſchäft er wirklich gerirt hatte, ſondern auch und vermöge ſeiner Ratihabition auch A. Dieſer Satz aber, und dieß ſagte ſich ſchon Pedius, könnte offenbar zu weit führen, und er iſt daher, wie im §. 11. geſchieht, zu beſchränken. Setzen wir nehmlich den Fall: A., welcher den B. für den Erben des C. hielt, während D. der Erbe deſſelben war, hat ein zu der Erbſchaft gehöriges, baufälliges, den Einſturz drohendes Gebäude ausbeſſern laſſen, und B. ratihabirt dieſe Ausbeſſerung. Daß nun der wirkliche Erbe D. dem A. mittelſt der a. n. g. c., und ſomit auch A. dem D. mittelſt der a. n. g. d. hafte, kann nach dem Obigen keinem Zweifel unterliegen, ob aber nach §. 9. u. 10. nach erfolgter Ratihabition auch B. dem A. hafte, während doch D. den Vortheil bereits bezogen hat? Dieſe Frage verneint Pedius, und zwar aus dem Grunde, weil D. den Vortheil ſchon wirklich bezogen habe. Hieraus alſo ergibt ſich, daß der in den §§. 9. u. 10. (S. 21) ausgedrückte Satz: wornach derjenige, deſſen Geſchäfte in der Meinung, daß ſie ſeine Geſchäfte ſeyen, ein Anderer beſorgt hat, während er in der That nur die Geſchäfte eines Dritten beſorgt, durch die Ratihabition des Geſchäfts wirklich ein Klagerecht erwerbe, ſomit aber auch ein Klagerecht des n. g. gegen ſich begründe, dann eine Ausnahme erleidet, wenn er kein Klagerecht mehr erwerben, ſondern bloß eines gegen ſich ſelbſt begründen kann. In dem vorliegenden Beiſpiel konnte nehmlich der B. durchaus kein Klagerecht gegen A. erwerben, denn wie wäre ein ſolches auch überall nur denkbar, wenn A. das Haus des D. wieder herſtellen ließ, ſomit ſollte aber auch kein Klagerecht gegen B. begründet werden. In dem Falle des §. 10. (S. 21) war dieß anders, denn dort konnte der n. g., welcher das Geld eingetrieben hatte, von dem vermeintlichen Geſchäftsherrn immer noch auf Herausgabe des bezogenen Geldes mittelſt der a. n. g. d. belangt werden, und nur der vermeintliche Geſchäftsherr konnte von dem wirklichen Erben auf Herausgabe des Geldes belangt werden (ab eo hereditas sc. pecunia hereditaria peti poterat), keineswegs aber der n. g. Der Fall aber, in wel-

chem der vermeintliche Geſchäftsherr keine Klage mehr erwerben kann, tritt überall dann ein, wenn der Vortheil ſich ſchon in den Händen deſſen, deſſen Geſchäft wirklich beſorgt wurde, befindet. Setzen wir z. B. den Fall, A., welcher den B. für den Erben des C. hält, während D. es iſt, hat eine zur Erbſchaft gehörige Forderung von einem Schuldner eingetrieben, während er nun dieſes Geld noch in Händen hat, erfährt er, daß nicht B., ſondern D. der Erbe des C. iſt, und dieſem übergibt er nun das Geld. Wie ſollte nun B. noch die a. n. g. directa erwerben können, da ſich ja das Geld bereits in den rechten Händen befindet? — Die §§. 9. u. 10. ſtellen daher als Regel auf, daß durch die Ratihabition desjenigen, deſſen Geſchäfte vermeintlich beſorgt wurden, die actiones n. g., nehmlich die contraria und directa begründet werden; der §. 11. dagegen enthält eine Ausnahme von dieſer Regel, die nehmlich, daß wenn der durch die Geſchäftsführung bewirkte Vortheil ſich bereits in den Händen des eigentlichen und wahren Geſchäftsherrn befinde, die erfolgte Ratihabition des vermeintlichen wirkungslos ſey.

Zu 2) des Verfaſſers S. 327—329. Negotiorum gestor iſt die ganz allgemeine Benennung desjenigen, welcher die Geſchäfte eines Andern beſorgt. Die Geſchäfte können nun aber entweder gerichtliche oder außergerichtliche ſeyn, denjenigen nun, welcher die gerichtlichen Angelegenheiten eines Andern beſorgt, nennt das Römiſche Recht defensor, denjenigen, welcher bloß außergerichtliche beſorgt, negotiorum gestor oder defensor. Der defensor und der n. g. im engern Sinne bilden alſo bloß zwey verſchiedene Arten des Gattungs-Begriffs von neg. gestor im weitern Sinne des Worts. Will nun aber der defensor ſeine für Beſorgung der gerichtlichen Angelegenheiten eines Andern aufgewendeten Koſten einklagen, ſo hat auch er, wie der n. g. im engern Sinne des Worts keine andere als die a. n. g. c. Denn es gibt für ihn keine eigene actio defensionis oder ex defensione. Auch der defensor iſt daher n. g., aber nur im weiteren und allgemeinen, keineswegs aber im engeren und beſondern Sinne des Worts. Was nun die von dem Verfaſſer S. 328. angeführte Stelle Papinians

Fr. 31. §. 7. D. h. t.

betrifft, ſo müſſen wir uns hiebey den Fall denken, daß das Gut, von deſſen Waſſergerechtigkeit es ſich hier handelt, im gemeinſchaftlichen Beſitz Mehrerer war, und derjenige Beſitzer, welcher nun das Recht des Guts für ſich und ſeine Genoſſen vertheidigte, hat offenbar ſeine eigenen und die Angelegenheiten ſeiner Genoſſen beſorgt, daher er auch die Letzteren auf Erſatz, freilich nicht der ganzen, ſondern nur des verhältnißmäßigen Antheils ſeiner Auslagen und Koſten belangen kann. Denn in ſo weit er ſeine eigenen Angelegenheiten beſorgt hat, kann er freilich an ſie keine Anſprache machen. Hätte daher z. B. A., welcher für ſich und ſeine Genoſſen den Rechtsſtreit geführt hat, an dem fraglichen Grundſtück $\frac{3}{6}$, B. nur $\frac{2}{6}$ und C. $\frac{1}{6}$, ſo könnte A. von B. und C. nur $\frac{3}{6}$ = die Hälfte der Koſten fordern, und an dieſer würde B. $\frac{2}{3}$, C. aber $\frac{1}{3}$ zu leiden haben. Was nun ferner die in der Anmerk. 87. abgedruckte Stelle des Paulus

Fr. 19. §. 2. D. comm. divid. (10, 3.)

betrifft, ſo iſt hier ſchon die Faſſung der Baſiliken

L. XII. tit. 2. Fr. 19. §. 2. (Ed. *Fabr.* Tom. II. p. 50.)

„Ἐὰν ὁδὸν διὰ τοῦ αὐτοῦ τόπου κεχρεωστήμεθα, κεχορισμένον ἐστὶ τὸ ἑκάστου δίκαιον. καὶ ἐὰν δαπανήσῃ, οὐκ ἔχεις τὴν περὶ κοινωνίας, ἢ τὴν περὶ διαιρέσεως ἐπικοίνων ἀγωγήν. ἀλλὰ περὶ διοικήσεως πράγματος.“	„Si per eundem locum via nobis debeatur, ſeparatum eſt cujusque jus: et ſi in eam impenſam feceris, pro ſocio, vel communi dividundo actionem non habes, ſed negotiorum geſtorum.“

ſehr merkwürdig. Man kann nehmlich durchaus nicht ſagen, daß, wenn mehreren Beſitzern eines und deſſelben Guts eine Wegdienſtbarkeit zuſteht, ihnen eine gemeinſchaftliche Dienſtbarkeit zuſtehe, denn die Dienſtbarkeit ſteht Jedem in ihrem vollen Umfange zu, Jeder der Berechtigten iſt durch die Concurrenz der Andern auf keine Weiſe beſchränkt, und da weder Gemeinſchaft noch Geſellſchaft unter ihnen Statt findet, kann auch weder von der actio pro ſocio, noch von der communi dividundo die Rede ſeyn, ſondern es bleibt bloß die actio negotiorum geſtorum übrig, mit welcher derjenige, welcher den Weg herſtellen ließ, Erſatz ſeiner Auslagen und Koſten von den andern Berechtigten nach Kopftheilen fordert.

Zu 3) S. 329. Daß kein wirklicher Auftrag vorhanden ſeyn dürfe, wenn die actio negotiorum gestorum Platz greifen ſolle, iſt ganz richtig. Denn wenn ein wirklicher Auftrag vorhanden iſt, ſo findet nur die actio mandati Statt. Dagegen aber wird, wie auch der Verfaſſer richtig bemerkt und belegt hat, durch einen bloß vermeintlichen Auftrag nicht die actio mandati, ſondern die negotiorum gestorum begründet. Daß nun auch die negotia eines Abweſenden gerirt werden können, hat gleichfalls der Verfaſſer nach Gajus S. 330. bemerkt. Aber wenn derjenige, deſſen Geſchäfte beſorgt wurden, anweſend war, ſo fragt es ſich: ob derſelbe von der n. g. wußte, oder nicht? Hat er nehmlich gewußt, daß ſeine negotia durch einen Andern beſorgt werden, ſo behauptet Ulpian

Fr. 6. §. 2. D. Mand. (17, 1.)

„Si passus sim, aliquem pro me fidejubere, vel alias intervenire, mandati teneor: et nisi pro invito quis intercesserit, aut donandi animo, aut negotium gerens, erit mandati actio." — wozu auch noch ebendeſſelben

Fr. 18. D. ej. tit.

gehört: „Qui patitur ab alio mandari, ut sibi credatur, mandare intelligitur" — daß dieß als ein förmlicher Auftrag anzuſehen ſey, mithin nicht die actio n. g., ſondern die actio mandati Platz greife. Die gleiche Anſicht hat auch Papinian

Fr. 53. D. ej. tit.

„Qui fide alterius pro alio fidejussit praesente, et non recusante, utrosque obligatos habet jure mandati. Quod si pro invito vel ignorante, alterutrius mandatum secutus fidejussit, eum solum convenire potest, qui mandavit, non etiam reum promittendi: nec me movet, quod pecunia fidejussoris reus liberetur, id enim contingit, etsi meo mandato pro alio solvas." — Aus dieſen Stellen ergibt ſich nun klar, daß wenn derjenige, deſſen Geſchäfte durch einen Andern beſorgt werden, anweſend war, und dieß geſchehen ließ, es ſo angeſehen wird, als ob er wirklich einen beſtimmten Auftrag zu Beſorgung ſeiner Angelegenheiten ertheilt hätte. Hieraus aber folgt, daß nur die negotia absentis oder praesentis ignorantis beſorgt werden können, und daß nur in dieſen beiden Fällen die actio n. g. Statt

findet, daß aber, wenn die negotia praesentis scientis et non contradicentis beſorgt wurden, die actio mandati Platz greife. Nur in Beziehung auf den Nachſatz der Stelle Papinians von „Quod si" bis zum Ende, worin der invitus und ignorans einander gleichgeſtellt werde, habe ich zu bemerken, daß der invitus et ignorans einander nur in Beziehung auf die Mandatsklage, keineswegs aber in Beziehung auf die a. n. g. gleichgeſtellt werden können, denn die letztere findet neben der Mandatsklage gegen den Dritten, welcher den Interceſſions-Auftrag ertheilte, auch gegen den praesens ignorans, für welchen intercedirt wurde, Statt, wie dann auch die Scholien der Baſilicen zu Papinians Fragmente

Ed. *Fabr.* Tom. II. p. 190.

ganz richtig bemerken:

„ἠδυνάμην κατὰ σοῦ, κἂν μὴ τὴν μανδάτου, ἀλλ᾽ οὖν τὴν νεγοτιόρουμ γεστόρουμ κινεῖν, ὡς ἔστι μαθεῖν ἐξ ὧν ὁ Παῦλος ἐν τῷ κ′. κεφαλαίῳ φθάσας ἐδίδαξεν εἰπὼν, ὅτι ἐγγυησάμενος τὸν ἀπόντα, ἔχει τὴν νεγοτιόρουμ."

„quippe licet mandati tecum experiri non possim, tamen negotiorum gestorum mihi actio esset, ut scire licet ex his, quae superius docuit Paulus cap. 20. dicens, eum qui pro absente fidejussit, negotiorum gestorum actionem habere."

Die Stelle des Paulus aber, auf welche ſich hier bezogen wird, findet ſich in dem

Fr. 20. §. 1. D. mandati. (17, 1.)

„Fidejussori negotiorum gestorum est actio, si pro absente fidejusserit, nam mandati actio non potest competere, cum antecesserit mandatum." — Noch ſprechender iſt Ulpians

Fr. 3. §. 11. D. h. t.

„Apud Marcellum libro secundo digestorum quaeritur, si cum proposuissem negotia Titii gerere, tu mihi mandaveris, ut geram: an utraque actione uti possim? Et ego puto utramque locum habere: quemadmodum ipse Marcellus scribit, si fidejussorem accepero negotia gesturus: nam et hic dicit, adversus utrumque esse actionem." — Den Satz aber, welchen unſer Verfaſſer S. 331.

aufſtellt, daß nehmlich die actio n. g. dann Platz greife, wenn bey dem Vorhandenſeyn eines wirklichen Auftrags doch die actio mandati nicht Statt finden könne, erkenne ich als richtig an, und es kommen hier vorzüglich die Stellen **Ulpians**

Fr. 6. D. ad SCt. Vellej. (16, 1.)

und **Papinians**

Fr. 7. D. ej. tit.

zur Sprache, welche unſer Verfaſſer unrichtig als 7. u. 8. bezeichnet. Sie lauten alſo: Fr. 6. „Si fidejussores pro defensore absentis filii, ex mandato matris ejus intercesserint, quaeritur, an etiam his Senatusconsulto subveniatur? Et ait Papinianus libro nono quaestionum, exceptione eos usuros, nec multum facere, quod pro defensore fidejusserunt: cum contemplatione mandati matris intervenerunt. Plane (inquit) si, qui accepit eos fidejussores, matrem eis mandasse ignoravit: exceptionem Senatusconsulti, replicatione doli repellendum. Fr. 7. Quanquam igitur fidejussor, doli replicatione posita, defensionem exceptionis amittat: nullam tamen replicationem adversus mulierem habebit: quia facti non potest ignorationem praetendere. Sed non erit iniquum, dari negotiorum gestorum actionem in defensorem: quia mandati causa per Senatusconsultum constituitur irrita, et pecunia fidejussoris liberatur.“ — Eine Mutter hatte nehmlich Jemand den Auftrag gegeben, ſich für den Defensor ihres abweſenden Sohnes zu verbürgen. Hätte die Mutter ſich ſelbſt verbürgt, ſo hätte ſie der Bürgſchafts-Klage die exceptionem SCti Vellejani entgegenſetzen können, und dadurch wäre ihre Bürgſchafts-Verbindlichkeit ohne alle rechtliche Wirkung geblieben. Nun hat ſie ſich aber nicht ſelbſt verbürgt, ſondern Andern den Auftrag ertheilt, ſich für den Defensor ihres abweſenden Sohnes zu verbürgen. Hätten nun die Bürgen für den Defensor einſtehen müſſen, ſo würden ſie die Mutter mittelſt der actione mandati belangt haben, und es wäre hiedurch für die Mutter daſſelbe Ergebniß herbeygeführt worden, wie wenn ſie ſich ſelbſt verbürgt hätte. Hier kommen nun zwey Fragen zur Sprache, nehmlich:

a) kann ſich die Mutter mittelſt der exceptio SCti Vellejani auch gegen dieſes Mandat ſchützen?

b) ſteht dieſelbe exceptio auch ihren Mandatarien zu? Die zweite Frage beantwortet nun Ulpian übrigens auf den Grund einer Auctorität Papinians dahin: allerdings ſtehe auch ihnen in der Regel dieſe exceptio zu, da ſie ja nur aus Rückſicht auf den von der Mutter erhaltenen Auftrag ſich verbürgt haben, und daß dieſe Regel nur dann eine Ausnahme leide, wenn der Defenſor des Sohnes davon, daß die Bürgen ſich nur aus Auftrag der Mutter verbürgt, nichts gewußt habe. Nun erſt unterſucht Papinian die Frage: ob wenigſtens nicht in dieſem Ausnahms-Falle die Bürgen ſich mittelſt der actio mandati an die Mutter halten können? alſo unſere erſte Frage, und verneint ſie aus dem Grunde, weil ja die Bürgen wohl gewußt, daß ſie aus Auftrag der Mutter ſich verbürgt haben. Doch läßt er die actio neg. gestorum gegen den Defenſor zu. Richtig iſt alſo auch der Satz des Verfaſſers, daß die actio mandati mit der a. n. g. niemals electiv concurriren könne. — S. 333. geht nun unſer Verfaſſer auf die weitere Frage über: welche Klage — ob nehmlich die actio mandati oder n. g. — dann Statt finde, wenn derjenige, deſſen Geſchäfte durch einen Andern beſorgt wurden, dieß genehmigt habe? und dieß führt mich, ehe ich zu denjenigen Stellen übergehe, welche bey Beantwortung dieſer Frage in Betracht kommen, vorerſt zu einer allgemeineren Erörterung. Niemand wird wohl in Abrede ziehen, daß durch die n. g. nur in ſo fern ein Rechtsverhältniß zwiſchen demjenigen, welcher fremde Angelegenheiten beſorgt hat, und demjenigen, deſſen Angelegenheiten beſorgt wurden, entſtehe, als Letzterer auch wirklich das von Erſterem Geſchehene als für ihn verbindend anerkennt. Eine Zwangs-Verbindlichkeit zur Anerkennung des bereits Geſchehenen aber gibt es in der Regel nicht. Derjenige, deſſen Geſchäfte beſorgt wurden, kann immerhin ſagen, daß er gar nichts anerkenne, was der neg. gestor für ihn beſorgt hat. Er kann dieß thun, es mag nun der n. g. zu ſeinem Vortheil oder nicht gehandelt haben. Er kann z. B., wenn der n. g. in beſter Abſicht für ihn während ſeiner Abweſenheit ein Kapital, welches bey dem Schuldner eben nicht ſehr ſicher angelegt war, eingezogen hat, erklären, dieß ſey ihm

Alles eins, er halte ſich an ſeinen Schuldner, der n. g. habe keinen Auftrag gehabt, dieſem aufzukünden ꝛc., wie ſodann der Schuldner und der n. g. mit einander abkommen, berühre ihn nicht. Er kann aber auch die Handlungen des n. g. billigen, und ſie ſomit zu ſeinen eigenen machen, und dieß, es mag nun der n. g. wirklich zu ſeinem Vortheil gehandelt haben oder nicht. Hat er aber einmal die Handlungen des n. g. gebilligt oder genehmigt, ſo hat dieſe Billigung oder Genehmigung nicht bloß auf den n. g., ſondern ſie hat auch auf diejenigen, welche mit dem n. g. Rechtsgeſchäfte abgeſchloſſen haben, Bezug, denn, um auf unſer voriges Beiſpiel zurückzukommen, wenn A. als n. g. für B. ein Anleihen eingezogen hat, und B. dieſen Geldeinzug genehmigt, und ſomit entweder das Geld, welches ihm A. freiwillig anbietet, annimmt, oder ihn mittelſt der a. n. g. d. auf Bezahlung des Geldes belangt, ſo kann er nicht auch noch den Schuldner, welcher bereits dem n. g. Zahlung geleiſtet, und welchen nunmehr B. als ſeinen Schuldner anerkannt hat, belangen, und dadurch den n. g. in die Lage ſetzen, daſſelbe Geld dem Schuldner zu erſetzen, während B. den gedoppelten Betrag der Schuld, nehmlich einmal von dem n. g., ſodann von dem Schuldner erhalten würde, ſondern eben dadurch, daß er der Zahlung an den n. g. ſeine Beiſtimmung ertheilt, hört der Schuldner, welcher an den n. g. A. bereits Zahlung geleiſtet hat, auf, ſein, des B. Schuldner zu ſeyn. In der Regel wird nun Jeder, deſſen Angelegenheiten zu ſeinem Vortheil beſorgt wurden, der n. gestio ſeine Beiſtimmung nicht verſagen. Wenn aber dadurch ſein Vortheil nicht bezweckt wurde? wird es öfters Anſtände haben. Wie es aber in Hinſicht auf die a. n. g. zu halten ſey, wenn der Vortheil des Geſchäftsherrn hiedurch nicht bezweckt, die n. gestio aber doch von demſelben gebilligt worden, darüber entſtand nun zwiſchen Pomponius und Scävola eine Controverſe, wie wir aus des Letzteren

Fr. 9 D. h. t.

erſehen: „Pomponius scribit, si negotium a te, quamvis male gestum, probavero, negotiorum tamen gestorum te mihi non teneri. Videndum ergo, ne in dubio hoc, an ratum habeam, actio negotiorum gestorum pendeat: nam quomodo, cum semel coeperit, nuda voluntate tolletur?

sed superius ita verum se putare, si dolus malus a te absit. *Scaevola:* Immo puto, et si comprobem, adhuc negotiorum gestorum actionem esse. Sed eo dictum, te mihi non teneri, quod reprobare non possim semel probatum, et quemadmodum, quod utiliter gestum est, necesse est apud judicem pro rato haberi: ita omne, quod ab ipso probatum est. Caeterum si, ubi probavi, non est negotiorum actio: quid fiet, si a debitore meo exegerit, et probaverim? quemadmodum recipiam? item si vendiderit? ipse denique, si quid impendit, quemadmodum recipiet? nam utique, mandatum non est: erit igitur et post ratihabitionem negotiorum gestorum actio." — und hier will ich nun auch gleich die hieher gehörige Stelle der Baſilicen

L. XVII. tit. 1. Fr. 9. (Ed. *Fabr.* Tom. II. p. 308.)

anführen:

„Τὸ χρησίμως διοικηθὲν εὐαγκάζεται δεκτὸν ἡγεῖϑαι ὁ δεσπότης. καὶ ὅπερ δεκτὸν ἡγίσεται ἔῤῥωται, κᾂν κακῶς διοικηθῇ. καί λοιπὸν ἁρμόζει ἡ κατὰ τῶν διοικούντων ἀλλότρια πράγματα ἀγωγή· κυροῖ γὰρ τὸ γεγονὸς ἡ δεκτὸν ἡγησαμένη, ὡς ἔνϑα χρέος ἀπαιτήσει, ἢ πωλήσει."

„Quod utiliter gestum est, dominus ratum habere compellitur, et quod probaverit, ratum est, quamvis male gestum sit, et erit negotiorum gestorum actio: nam ratihabitio id quod gestum est, confirmat, sicut si debitum exegerit, aut quid vendiderit."

Pomponius macht hier nehmlich offenbar einen Unterſchied zwiſchen dem probare und ratum habere. Daß nun probare hier ſo viel als „billigen, beypflichten", beyſtimmen heiße, und daß es hier nicht in der Bedeutung von „beweiſen" vorkomme, werde ich kaum zu bemerken haben. Unter dem probare im Gegenſatze zu dem ratum habere wird nun aber, wie wir aus der Widerlegung des Scävola erſehen, eine außergerichtliche Genehmigung im Gegenſatze gegen die vor Gericht abgelegte Genehmigung verſtanden. Nun hatte offenbar Pomponius einen Fall im Auge, wo die n. g. dem Geſchäftsherrn nicht nur keinen Vortheil bewirkt, ſondern vielmehr demſelben Schaden zugefügt hatte. Denn dieß liegt offenbar in den Worten

„male gestum“ des Pomponius. Nun hätte der Geſchäftsherr den n. g. offenbar mit der actio ex L. Aquil. directa oder utilis, oder wenigſtens mit einer actio in factum auf Entſchädigung belangen können, demunerachtet aber verſagt er dieſer nachtheiligen Geſchäftsführung ſeine Beiſtimmung nicht. Dadurch aber, daß er derſelben ſeine Beiſtimmung ertheilt, ſetzt er ſich in die Lage, von einer Entſchädigungs-Klage keinen Gebrauch machen zu können. Dieß ſchien nun dem Pomponius etwas hart, und er ſtellte nun den Satz auf, daß erſt die gerichtliche Genehmigung den Geſchäftsherrn auf die a. n. g. beſchränke. Freilich macht er ſich nun den Einwurf: ob denn der Geſchäftsherr die außergerichtliche Genehmigung nur ſo in den Tag hinein widerrufen könne? und beſchränkt dann den Widerruf auf den Fall, wenn der negotiorum gestor in dolo verſirte. Anderer Meinung war jedoch Scävola. Er behauptet nehmlich, daß ſchon die außergerichtliche Beiſtimmung daſſelbe wirke, was die gerichtliche Genehmigung, und daß derjenige, welcher außergerichtlich ſeine Beiſtimmung ertheilt habe, ja die gerichtliche Genehmigung gar nicht mehr verſagen könne. Ja, er begreife eigentlich gar nicht, wie man nur, wenn man der außergerichtlichen Beiſtimmung eine ſolche Wirkung verſagen würde, die a. n. g. noch anſtellen könne, indem dieſe ja auch in das Verhältniß des Klägers zu Dritten, welche ſich mit dem n. g. eingelaſſen, eingreife, und durch die Beiſtimmung ja dieſe Dritte außer allem Verhältniß mit dem Geſchäftsherrn treten, da ja überall die actio mandati hier durchaus nicht Statt finden könne, und ſo ſchließt er nun — erit igitur et post ratihabitionem n. g. a. Eben ſo drückt ſich der Imperator Antonin in der

C. 9. C. de n. g. (2, 19.)

„Si pecuniam tuam a debitore tuo Julianus exegit, eamque solutionem ratam habuisti: habes adversus eum negotiorum gestorum actionem.“ —

die Imperatotoren Diocletian und Maximian in der

C. 19. C. ej. tit.

„Ab uno haerede pro solido re veluti communi venundata, de pretio cohaeres venditoris negotiorum gestorum,

actione ratam faciens venditionem, agere potest." — der Imperator Alexander in der

Const. 3. C. de Rei Vind. (3, 32.)

„Mater tua, vel maritus fundum tuum invita vel ignorante te vendere jure non potuit, sed rem tuam a possessore vindicare etiam non oblato pretio poteris. Sin autem postea de ea venditione consensisti, vel alio modo proprietatem ejus amisisti: adversus emptorem quidem nullam habes actionem: adversus venditorem vero de pretio negotiorum gestorum actionem exercere non prohiberis." — und der Imperator Antonin in der

Const. 3. C. de contr. et committ. stipul. (8, 38.)

„Si cum pecuniam tuam crederes accommodato nomine Juliani, stipulatio in personam ejus absentis directa est: cum nihil sit actum ea verborum conceptione, intelligis superfuisse tibi rei contractae obligationem, ac propterea si pecuniam a debitore tuo Julianus exegerit, eamque solutionem ratam habuisti: habes adversus eum negotiorum gestorum actionem." —
auf's Beſtimmteſte aus, daß, wenn der Geſchäftsherr das Geſchäft genehmigt habe, ihm nur die actio n. g. zuſtehe. Nur eine Stelle Ulpians iſt es, welche zu widerſprechen ſcheint, nehmlich das

Fr. 60. D. de R. J. (50, 17.)

„Semper, qui non prohibet pro se intervenire, mandare creditur. Sed et si quis ratum habuerit, quod gestum est: obstringitur mandati actione." — und die Baſiliken,

Basilic. tit. de div. reg. jur. ant. e Cod. Coisliano ed. Car. *Witte*. Vratislav. 1826. p. 14.

woraus ſie auch Heimbach

Basil. L. II. tit. 3. Fr. 60. (Tom. I. p. 69.)

entnommen hat (denn in der Fabrottiſchen Ausgabe

Tom. I. p. 76.

und in der Reitziſchen Ausgabe des Theophilus

Tom. II. p. 1006.

heißt es ausdrücklich „οὐ κεῖται" — „deest"), deutet noch mehr auf einen ſolchen Widerſpruch durch ein ſichtbares studium brevitatis hin. Sie lautet, wie folgt:

„'O

„Ὁ μὴ κωλύων τὸν ὑπὲρ αὐτοῦ παρεμβάλλοντα, καὶ ὁ δεκτὸν ἡγούμενος (daß das „μὴ“ vor δεκτὸν falſch ſey, bin ich mit Witte und Heimbach überzeugt), ά-, vielmehr ἐνέχεται τῇ περὶ τῆς ἐντολῆς ἀγωγῇ.“

„Qui non prohibet pro se intervenientem, et qui ratum habet, tenetur mandati actione.“

Betrachten wir nun aber die ächte, nehmlich die Ulpian'ſche Stelle, ſo finden wir, daß ſie ſich in zwey verſchiedene Sätze, welche die Baſiliken in Einen vereinigt haben, theilt. Im erſten Satze ſagt Ulpian, daß derjenige, welcher wiſſentlich einen Andern ſeine Geſchäfte beſorgen laſſe, ſo angeſehen werde, als ob er dem n. g. Auftrag hiezu ertheilt habe. Von der Richtigkeit dieſes Satzes haben wir uns bereits oben (S. 25) überzeugt. Nun geht er aber auf den zweiten Satz — sed et si quis ratum habuerit, quod gestum est, obstringitur mandati actione über. — Nimmt man nun dieſe Stelle ganz wörtlich, ſo ſcheint ſie allerdings mit den obigen im Widerſpruch zu ſtehen. Nun iſt es aber anerkannter Grundſatz, daß, ſo lange ſich noch ein ſolcher ſcheinbarer Widerſpruch löſen läßt, die widerſprechend ſcheinenden Stellen mit einander zu vereinigen ſind. Derjenige, welcher ein ſolches Geſchäft genehmigt hat, wird allerdings als Mandant angeſehen, einmal ſchon in Beziehung auf Dritte, z. B. den Schuldner, der dem negotiorum gestor eine Zahlung geleiſtet hat, ſodann aber auch in Beziehung auf den n. g., falls nehmlich ſolcher ihn durch die negotiorum gestio beſchädigt hat. Dieß wollte nun Ulpian durch ſein „obstringitur mandati actione“ bezeichnen, daß nehmlich der ratihabirende Geſchäftsherr gegenüber von Dritten, ſo wie gegen den n. g., welcher ihn durch die n. g. beſchädigt hat, als Mandant angeſehen werde, keineswegs aber, daß durch die Ratihabition die a. n. g. ſich in die actio mandati verwandle. Denn ohne Genehmigung des Geſchäftsherrn läßt ſich ja die a. n. g. directa gar nicht denken. Somit glaube ich aber auch den bisher ſehr beſtrittenen Satz, daß durch die nachher erfolgte Genehmigung des Geſchäftsführers die a. n. g. ſich nicht in die actio mandati verwandle, erwieſen zu haben.

§. 420. S. 338—342.

Die Regel hat der Verfaſſer richtig gegeben, was aber ſeine Ausnahmen betrifft, ſo kann ich die in Betreff der Hausausbeſſerung nicht zugeben, denn Ulpians

Fr. 2. §. 17. u. Fr. 7. D. ne quid in l. p. (43, 8.)

ſprechen nicht hiefür, auch gibt Ulpian in dem

Fr. 14. §. 13. D. de relig. (11, 7.)

„Idem Labeo ait, si prohibente haerede ſuneraveris testatorem, ex causa competere tibi ſunerariam, quid enim, si ſilium testatoris haeres ejus prohibuit? huic contradici potest: *ergo pietatis gratia ſunerasti*, sed pone me testatum: habiturum me ſunerariam actionem: de suo enim expedit mortuos ſunerari; et quid, si testator quidem ſunus mihi mandavit, haeres prohibet, ego tamen nihilominus ſuneravi? nonne aequum est mihi ſunerariam competere? Et generaliter puto, judicem justum non meram negotiorum gestorum actionem imitari, sed solutius aequitatem sequi, cum hoc ei et actionis natura indulget“ — unterſtellten Falle demjenigen, welcher die Beerdigung gegen den Willen des Erben beſorgt, nur eine actionem ex aequitate, keineswegs aber die a. n. g.

§. 421. S. 342—351.

Von der vom Verfaſſer Anmerk. 25. S. 343. angeführten Stelle Julians

Fr. 6. §. 3. D. h. t.

war bereits oben (S. 18) die Rede, und ich bemerke nur, daß es mir in der That unbegreiflich iſt, wie man noch daran zweifeln konnte, daß die dem negotiorum gestor hier eingeräumte Klage die actio n. g. contraria ſey, da ja auch dem Geſchäftsherrn nach der ausdrücklichen Beſtimmung dieſer Stelle die a. n. g. directa eingeräumt wird. Was ſodann der Verf. unter 6) S. 345. ff. vorbringt, iſt etwas verworren. Regel iſt: Wer die Geſchäfte eines Andern donandi animo, d. h. in der beſtimmten Abſicht, dem Geſchäftsherrn das Geſchäft unentgeldlich zu beſorgen, beſorgt hat, kann natürlich die a. n. g. c. nicht anſtellen, und hiefür will ich nur Julians

Fr. 4. D. h. t.

anführen. Natürlich aber wird der animus donandi nicht vermuthet, ſondern er muß nöthigenfalls erwieſen werden. Unrichtig iſt es aber, wenn der Verfaſſer behauptet, daß nach der Strenge des Römiſchen Rechts die actio n. g. nur dann Statt finde, wenn der negotiorum gestor die Abſicht gehabt habe, ſich den Geſchäftsherrn verbindlich zu machen. Denn es iſt ja ſchon oben (S. 18—21) gezeigt worden, daß die a. n. g. auch dann Statt finde, wenn der n. g. nur ſeines eigenen Gewinns halber, oder wenn er in der Abſicht, die Geſchäfte eines beſtimmten Andern zu beſorgen, die eines Dritten beſorgt hat. Es kann aber der n. g. ſelbſt nur ſeine eigenen Geſchäfte beſorgt zu haben vermeinen, und dennoch die a. n. g., und zwar nicht bloß die utilis, wie der Verfaſſer S. 347. meint, Statt finden. Den von dem Verfaſſer in der Anmerk. 44. angeführten Schriftſtellern habe ich übrigens noch Kämmerer in der

Zeitſchrift für Civilrecht und Proceß, VIII. Bd. Gießen 1834. S. 137—158.

beyzuſetzen. Ein Beiſpiel hievon liefert das in der Anmerk. 42. S. 347. abgedruckte

Fr. 49. (ult.) D. h. t.

Der Käufer eines Sklaven hatte nehmlich unter dem Peculium des Sklaven eine Sache erhalten, welche dem Verkäufer von dem gekauften Sklaven entwendet worden, er hatte dieſe Sache als eine zu dem Peculium gehörige Sache angeſehen und an einen Dritten wieder verkauft, die Sache ſelbſt gieng zu Grunde. Nun kann der Eigenthümer der Sache, welcher die rei vindicatio oder die Publicianiſche Klage eben deßwegen, weil die Sache nimmer vorhanden war, nicht mehr anſtellen konnte, gegen den Käufer des Sklaven die a. n. g. auf Herausgabe des für die Sache erhaltenen Preiſes anſtellen, unerachtet der Käufer des Sklaven durch den Verkauf der Sache nur ſein eigenes Geſchäft, keineswegs aber das des Verkäufers beſorgen wollte. Es tritt hier aber noch eine andere Frage ein. African ſetzt in unſerer Stelle offenbar den Fall voraus, daß die Sache nicht mehr vorhanden, ſomit alſo auch die rei vindicatio oder actio Publiciana gar nicht mehr denkbar iſt, wie aber, wenn die Sache noch vorhanden wäre, und der Verkäufer des Sklaven würde es, weil die Sache in einem ſehr hohen

Preis verkauft wurde, vorziehen, den Käufer des Sklaven mit der a. n. g. d. auf Erſatz des Preiſes zu belangen. Konnte ihm etwa hier der Käufer des Sklaven einwenden, daß ihm dieſe Wahl zwiſchen der a. n. g. d. und der rei vindicatio oder actio Publiciana gar nicht zuſtehe, und er mit letzterer den Beſitzer der Sache zu belangen habe? Gewiß nicht, denn es hängt ja ganz von der Willkühr des Verkäufers des Sklaven ab, den fraglichen Verkauf zu genehmigen oder nicht, und nur nach erfolgter Genehmigung kann die actio negot. gest. contraria Statt finden (S. 28 u. 29), auch würde er offenbar nichts dabey gewinnen, indem, wenn der Verkäufer des Sklaven gegen den Beſitzer der Sache obgeſiegt hätte, dieſer gegen ihn — als ſeinen Verkäufer — den Rückgriff nehmen würde. Der Nachſatz unſerer Stelle enthält dann die Converſe: nehmlich die, wenn der n. g. ſeine eigenen Angelegenheiten zu beſorgen glaubte, die eines Andern aber wirklich beſorgt, und hiebey etwas von ſeinem eigenen Vermögen aufgewendet hat; denn auch hier ſteht ihm gegen denjenigen, deſſen Angelegenheiten er wirklich beſorgt hat, die a. n. g. contraria zu. Die Schlußworte von „quando quidem ea solutione oder quandoque de ea solutione liberarer" geben die Baſilicen

L. XVII. tit. 2. Fr. 49. (Ed. *Fabr.* Tom. II. p. 322.)

ganz einfach mit „ἠλευθέρωμαι γὰρ" liberor enim, oder „nam liberor", nicht quando quidem liberor, wie ſie Fabrott wahrſcheinlich durch unſere Stelle verleitet, überſetzt hat. Auch hier hat alſo der n. g. nicht nöthig, ſich an die Empfänger mit der condictio indebiti zu halten, die Empfänger aber können von dem Erben, als von dem n. g. bereits befriedigt, nichts mehr fordern, und inſoferne wird der Erbe liberirt, während, wenn der n. g. ſich an die Empfänger gehalten hätte, dieſe das ihnen Entwundene von den Erben fordern würden. Sodann kann ich mit dem Verfaſſer nicht übereinſtimmen, wenn er S. 348. Julians

Fr. 6. §. 6. D. h. t.

generaliſirt. Dieſes Fragment lautet alſo: „Sed si ego tui filii negotia gessero, vel servi: videamus, an tecum negotiorum gestorum habeam actionem: et mihi videtur verum, quod Labeo distinguit, et Pomponius libro vicesimo sexto probat: ut, si quidem contemplatione tui

negotia gessi peculiaria, tu mihi tenearis: quod si amicitia filii tui, vel servi, vel eorum contemplatione, adversus patrem, vel dominum, de peculio duntaxat dandam actionem. Idemque est, et si sui juris esse eos putavi. Nam et si servum non necessarium emero filio tuo, et tu ratum habueris: nihil agitur ratihabitione. Eodem loco Pomponius scribit, hoc adjecto, quod putat, et si nihil sit in peculio, quoniam plus patri dominove debetur, et in patrem dandam actionem in quantum locupletior ex mea administratione factus sit" — und es iſt auch von dem Verfaſſer der Inhalt deſſelben richtig angegeben, aber das von ihm vergeſſen worden, daß ſelbſt dann, wenn der paterfamiliâs das Geſchäft, welches eigentlich nur in Rückſicht auf den filiusfamiliâs beſorgt worden, ratihabire, er dennoch nicht weiter als quoad peculium oder in quantum locupletior factus est, gehalten ſey, denn dieß will Julian mit den Worten „nihil agitur ratihabitione" ſagen. Von dem entgegengeſetzten Falle, und wenn der pater- ein dem filiusfamiliâs aufgetragenes Geſchäft ſelbſt in der Abſicht, um den filiusfamiliâs von etwaigen Anſprüchen hinſichtlich der actio mandati zu befreien, beſorgt hat, handelt ſodann African in dem

Fr. 46. D. h. t.

„Mandasti filio meo, ut tibi fundum emeret: quod cum cognovissem, ipse eum tibi emi, puto referre, qua mente emerim, nam si propterea, quae tibi necessaria esse scirem, et te ejus voluntatis esse, ut emptum habere velles: agemus inter nos negotiorum gestorum: sicut ageremus, si aut nullum omnino mandatum intercessisset: aut Titio mandasses, et ego, quia per me commodius negotium possim conficere, emissem. Si vero propterea emerim, ne filius mandati judicio teneatur: magis est, ut ex persona ejus et ego tecum mandati agere possim, et tu mecum actionem habeas de peculio: quia et si Titius id mandatum suscepisset: et ne eo nomine teneretur, ego emissem: agerem cum Titio negotiorum gestorum: et ille tecum, et tu cum illo mandati. Idem est, et si filio meo mandaveris, ut pro te fidejuberet, et ego pro te fidejusserim. §. 1. Si proponatur te Titio mandasse, ut pro te fidejuberet: meque, quod is aliqua de causa im-

pediretur, quo minus fidejuberet, liberandae fidei ejus causa fidejussisse; negotiorum gestorum mihi competit actio.“ — und er belehrt uns, daß der paterfamiliás in dieſem Falle keine weitere Verbindlichkeit übernehme, als er ſolche auch gehabt hätte, wenn der filiusfamiliás den ihm ertheilten Auftrag ſelbſt beſorgt hätte, alſo nur quoad peculium, oder in quantum locupletior factus est. Ueber die Gränzen des Verhältniſſes zwiſchen dem pater- und filiusfamiliás laſſen ſich jedoch dieſe Beſtimmungen nicht ausdehnen, und als ganz ſpecielle auch nicht generaliſiren. Zu S. 350. habe ich mich auf die Bemerkung (oben S. 20) zu beziehen. Sehr oberflächlich iſt ſodann, was der Verfaſſer unter 6) S. 351. (ſoll heißen 7) bemerkt. Vorerſt müſſen wir hier die Stelle Ulpians

Fr. 10. §. 1. D. h. t.

etwas näher betrachten: „Is autem, qui negotiorum gestorum agit, non solum si effectum habuit negotium, quod gessit, actione ista utetur: sed sufficit, si utiliter gessit, et si effectum non habuit negotium, et ideo, si insulam fulsit, vel servum aegrum curavit, etiam si insula exusta est, vel servus obiit, aget negotiorum gestorum: idque et Labeo probat. Sed, ut Celsus refert, Proculus apud eum notat, non semper debere dari: quid enim, si eam insulam fulsit, quam dominus, quasi impar sumptui, dereliquerit, vel quam sibi necessariam non putavit? oneravit, inquit, dominum secundum Labeonis sententiam: cum unicuique liceat et damni infecti nomine rem derelinquere. Sed istam sententiam Celsus eleganter deridet: is enim negotiorum gestorum, inquit, habet actionem, qui utiliter negotia gessit: non autem utiliter negotia gerit, qui rem non necessariam, vel quae oneratura est patremfamiliás, aggreditur. Juxta hoc est, et quod Julianus scribit: eum, qui insulam fulsit, vel servum aegrotum curavit, habere negotiorum gestorum actionem, si utiliter hoc faceret, licet eventus non sit secutus: ego quaero, quid si putavit se utiliter facere, sed patrifamiliás non expediebat? Dico hunc non habiturum negotiorum gestorum actionem, ut enim eventum non spectamus, debet utiliter esse coeptum.“ — Hieher gehören auch noch Gajus

Fr. 22. D. h. t.

„Sive haereditaria negotia, sive ea, quae alicujus essent, gerens aliquis, necessario rem emerit: licet ea interierit, poterit quod impenderit, judicio negotiorum gestorum consequi, veluti si frumentum, aut vinum familiae paraverit, idque casu quodam interierit, forte incendio, ruina. Sed ita scilicet hoc dici potest, si ipsa ruina, vel incendium, sine vitio ejus acciderit: nam cum propter ipsam ruinam, aut incendium damnandus sit, absurdum est, eum istarum rerum nomine, quae ita consumptae sunt, quicquam consequi.“ — Modeſtin

Fr. 27. pr. D. h. t.

„Ex duobus fratribus uno quidem suae aetatis, alio vero minore annis, cum haberent communia praedia rustica, major frater in saltu communi habenti habitationes paternas, ampla aedificia aedificaverat: cumque eundem saltum cum fratre divideret, sumptus sibi, quasi re meliore ab eo facta, desiderabat, fratre minore jam legitimae aetatis constituto. Herennius Modestinus respondit, ob sumptus nulla re urgente, sed voluptatis causa factos eum, de quo quaeritur, actionem non habere.“ — Ulpian

Fr. 45. pr. D. h. t.

„Quae utiliter in negotia alicujus erogantur, in quibus est etiam sumptus honeste ad honores per gradus pertinentes factus, actione negotiorum gestorum peti possunt.“ — des Imperators Alexander

Const. 10. C. h. t. (2, 19.)

„Si servum alienum non inutilem domino constitutum, aegrum curastis, negotium utiliter gessistis, et competenti vobis actione sumptus recuperare potestis.“ — und

Const. 11. C. ej. tit.

„Alimenta quidem, quae filiis tuis praestitisti, tibi reddi non justa ratione postulas: cum id exigente materna pietate feceris. Si quid autem in rebus eorum utiliter et probabili more impendisti: si non et hoc materna liberalitate, sed recipiendi animo fecisse te ostenderis: id negotiorum gestorum actione consequi potes.“ —

Dieſe Stellen belehren uns nehmlich: dem n. g. ſtehe die a. n. g. c. nicht nur dann zu, wenn durch die n. g. wirklich

der Vortheil des Geſchäftsherrn erzielt worden ſey, ſondern auch, wenn er durch dieſelbe wenigſtens hätte erzielt werden können, und durch einen Zufall nicht erzielt, oder der bereits erzielte wieder vereitelt worden iſt. Man denke ſich aber den Fall, daß der Geſchäftsherr thöricht genug wäre, ein wirklich zu ſeinem Vortheil unternommenes Geſchäft nicht zu genehmigen, ſoll dann nachher bloß dieſer Marotte halber der n. g. ſeine auf die n. g. verwendeten Koſten und Auslagen verlieren? Keineswegs, denn dieſe kann er von dem Geſchäftsherrn, auch abgeſehen von deſſen Genehmigung, fordern. Setzen wir z. B. den Fall, ein Reiſender, welcher mit 4 eigenen Pferden reist, läßt dieſe in einem Gaſthof ſtehen, und ſetzt ſeine Reiſe mit gemietheten Pferden fort. Seine Pferde erkranken, und der Gaſtwirth läßt ſogleich einen ihm bekannten Thierarzt rufen, welcher ſie auch durch ſeine Behandlung rettet. Wie, wenn nun der Reiſende nachher zurückkäme, und dem Gaſtwirthe, welcher ihm die von ihm bereits bezahlten Rechnungen vorlegt, erwiedern wollte: Ja, dieſe Rechnungen bezahle ich nicht, ich habe Ihnen keinen Auftrag gegeben, meine Pferde ärztlich behandeln zu laſſen, Sie hätten ſollen abwarten, ob ſich das Uebel nicht von ſelbſt heben werde? und wären ſie auch gefallen, ſo wären ſie nicht Ihnen, ſondern mir gefallen. Welcher Richter würde nun dieſe Sprache billigen, und könnte man einem Solchen nicht geradezu ſagen, ſiehe, gerade deßwegen, daß der Gaſtwirth ſich wegen ſeiner Koſten und Auslagen an dich mit rechtlicher Wirkung halten könne, hat ja das Römiſche Recht die a. n. g. c. eingeführt, und gerade das, daß der Gaſtwirth nicht durch die eigennützige Furcht, daß du dieſe befremdende Sprache gegen ihn führen würdeſt, ſich nicht abhalten laſſe, deines Vortheils wegen ſich der erkrankten Pferde anzunehmen, hat es ihm ja dieſe Klage eingeräumt. Gerade daſſelbe aber gilt, wenn die Pferde gefallen wären. Hätte aber der Gaſtwirth ſtatt eines Thierarztes den nächſten beſten Quackſalber herbeygerufen, und wären die Pferde gefallen, ſo würde ihm der Reiſende mit Grund den Vorwurf machen können, warum er nicht einen Thierarzt habe rufen laſſen, denn durch Herbeyrufung des Quackſalbers habe er ſeine

negotia nicht utiliter gerirt. Hätte aber der Quackſalber die Pferde wirklich geheilt, ſo würde die obige Einwendung gleichfalls wegfallen. Da alſo, wo der n. g. wirklich zum Vortheil des Geſchäftsherrn gehandelt, und hiebey auch die gehörigen Mittel angewendet hat, kann es auf den Erfolg, ob nehmlich der Vortheil deſſelben auch wirklich hiedurch erzielt worden ſey? nicht ankommen. Wie aber, wenn z. B. ein Unmündiger der Geſchäftsherr wäre (vgl. oben S. 15—17), iſt auch bey dieſem und bey dem paterfamiliâs, inſofern er wegen unzureichenden Betrags des Peculiums für den filiusfamiliâs einzuſtehen hat (oben S. 37), in welch beiden Fällen ja dieſe nur in quantum locupletiores facti sunt haften, anzunehmen, daß die a. n. g. c. Statt finde, ſelbſt wenn die n. g. ohne Erfolg war? Daß ſie Statt finde, wenn ſie von Erfolg war, kann keinem Zweifel unterliegen, denn ſie ſind ja wenigſtens locupletiores eo, quod non facti sunt pauperiores, ganz daſſelbe läßt ſich aber auch dann ſagen, wenn die n. g. keinen Erfolg hatte, weil ſie ja auch hier die Koſten nicht aus ihren Mitteln beſtritten haben, vorausſichtlich aber auch von ihnen dieſelben Koſten aufgewendet worden wären. — Denn für den Erfolg kann doch offenbar der n. g. nicht haften, wenn er Alles gethan hat, um durch die geeigneten zweckmäßigen Mittel einen ſolchen herbeyzuführen. Natürlich aber verſteht es ſich hiebey von ſelbſt, daß der n. g. keine unnöthigen und überflüſſigen Koſten aufgewendet hat, denn ſolche hat ihm der Geſchäftsherr keineswegs zu erſetzen, nach Paulus

Fr. 25. D. h. t.

„Si quis negotia aliena gerens, plusquam oportet, impenderit: reciperaturum eum id, quod praestari debuerit.“

§. 422 a. S. 351—369.

Dieſer §. bietet uns nun das erſte Beiſpiel von einem heftigen Kampfe zwiſchen den Trichotomiſten in der Lehre von der culpa, und darüber: auf weſſen Seite der Sieg ſey? ſich zu erklären, iſt ſchon dem Verfaſſer ſauer geworden. — Die Frage iſt alſo: für welchen Grad der culpa haftet der n. g., und insbeſondere haftet er für culpa levis oder auch für levissima. Die Dichotomiſten kennen dieſe Streitfrage nicht, denn ſie behaupten, allerdings haftet der n. g. nur

für culpa levis, aber dieſe iſt ja gerade dasjenige, was die Trichotomiſten wieder in culpam levem oder levissimam ſpalten. Vor allen Dingen wollen wir nun die Quellen, welche von der culpa des n. g. handeln, genauer betrachten. Paulus

Sent. Rec. L. I. tit. 4. §. 1.

behauptet: „Qui negotia aliena gerit, et bonam fidem, et *exactam diligentiam* rebus ejus, pro quo intervenit, praestare debet.“ — Pomponius

Fr. 11. pr. D. h. t.

„Si negotia absentis et ignorantis geras: et culpam, et dolum praestare debes.“ — Paulus

Fr. 25. §. 16. D. fam. ercisc. (10, 2.)

„Non tantum dolum, sed et culpam in re haereditaria praestare debet cohaeres: quoniam cum cohaerede non contrahimus, sed incidimus in eum non tamen diligentiam praestare debet, qualem diligens paterfamiliâs: quoniam hic propter suam partem, causam habuit gerendi: et ideo negotiorum gestorum ei actio non competit, talem igitur diligentiam praestare debet, qualem in suis rebus. Eadem sunt, si duobus res legata sit: nam et hos conjunxit ad societatem non consensus, sed res.“ — Sehr merkwürdig iſt auch das Scholium der Baſilicen

Ed. *Fabr.* Tom. V. p. 710.

zu dieſer Stelle:

„Κινούμενον τοῦτο τὸ δικαστήριον οὐ μόνον δόλον, ἀλλὰ καὶ ῥαθυμίαν ἀπαιτεῖ τοὺς συγκληρονόμους· ἐπειδὴ γὰρ οὐχ ἑκόντες ἔνοχοι γίνονται ἀλλήλοις οἱ συγκληρονόμοι, ἀλλ' ἀνάγκῃ τῆς κληρονομίας, διὰ τοῦτο οὐκ ἀπαιτοῦνται τὴν ἄκραν ἐπιμέλειαν, καὶ ἣν σπουδαῖος οἰκοδεσπότης ἀπαιτεῖ παρέχειν. διὰ τοῦτο γὰρ οὐδὲ συγκρίνομεν αὐτοὺς τῷν εγοτιορουμγέστορι. ἐπειδὴ ἕκαστος αὐτῶν ἀνάγκῃ διαφέροντος αὐτῷ μέρους, ἐμπίπτει τῇ

„In hoc judicio coheredes non tantum dolum, sed et negligentiam praestant: quoniam enim coheredes non sponte invicem obligantur, sed necessitate delatae hereditatis, exactissima diligentia a coherede non exigitur, et qualem praestare solet diligens paterfamiliâs: ideoque nec eos comparamus negotiorum gestori, quoniam quisque eorum necessitate partis suae incidit in admi-

διοικήσει τῶν κληρονομιαίων. ὅθεν οὐδὲ νεγοτιόρουμ γεστόρουμ κινεῖται κατ᾽ αὐτῶν, ἀλλὰ τοιαύτην ἐπιμέλειαν ἀπαιτοῦνται περὶ τῶν νερεδιταρίων, οἵαν καὶ περὶ τὰ οἰκεῖα ἐπιδείκνυνται. εἰ δὲ καὶ β'. τισὶ τὸ αὐτὸ πρᾶγμα ἐληγατεύθη, ἐπειδὴ καὶ οὗτοι ἀνάγκῃ τοῦ ληγάτου κοινῶς κέκτηνται τὸ πρᾶγμα, καὶ οὐκ ἐκ προαιρέσεως κοινωνήσοντες, τοιαύτην ἀπαιτοῦνται καὶ αὐτοὶ διλιγεντίαν παρέχειν ἀλλήλοις, οὐ μὴν τὴν ἄκραν καὶ ἐπιμελεστάτην."

nistrationem rerum hereditariarum, et ideo negotiorum gestorum actionem non habent, talem igitur diligentiam praestare debent in rebus hereditariis, qualem in suis rebus adhibent. Sed et si duobus eadem res legata sit, quoniam et hos necessitas rei communiter legatae, non consensus ad societatem conjunxit, eandem invicem diligentiam praestant, non summam et exactissimam."

der Imperatoren Diocletian und Maximian

Const. 20. C. h. t. (2, 19.)

„Tutori vel curatori similis non habeatur, qui citra mandatum, negotium alienum sponte gerit, quippe superioribus quidem necessitas muneris, administrationis finem, huic autem propria voluntas facit, ac satis abundeque sufficit, si cui vel in paucis amici labore consulatur. Secundum quae super his quidem, quae nec tutor nec curator constitutus, ultro quis administravit, cum non tantum dolum, et latam culpam, sed et levem praestare necesse habeat: a te conveniri potest, et ea, quae tibi ab eo deberi patuerit, cum usuris compelletur reddere. De caeteris vero, quae ab aliis tui constituta juris detenta exacta non sunt, ab hoc, qui nec agendi quidem propter exceptionis obstaculum facultatem habere potuit, exigi non potest: et idcirco adversus eos, quos res tuas tenere dicis, detorquere tuas petitiones debes." — Ulpian

Fr. 23. D. de R. J. (50, 17.)

„Contractus quidam dolum malum duntaxat recipiunt: quidam et dolum, et culpam: dolum tantum, depositum, et precarium: dolum, et culpam, mandatum, commodatum, venditum, pignori acceptum, locatum, item dotis datio, tutelae, negotia gesta in his quidem et diligentiam societas et rerum communio et dolum, et culpam recipit: sed haec ita, nisi si quid nominatim con-

venit, vel plus vel minus: in singulis contractibus: nam hoc servabitur, quod initio convenit: legem enim contractus dedit: excepto eo, quod Celsus putat, non valere, si convenerit, ne dolus praestetur: hoc enim bonae fidei judicio contrarium est: et ita utimur. Animalium vero casus, mortes, quaeque sine culpa accidunt, fugae servorum, qui custodiri non solent, rapinae, tumultus, incendia, aquarum magnitudines, impetus praedonum a nullo praestantur." — des Imperators Alexander

Const. 24. C. de usuris. (4, 32.)

„Si mater tua major annis constituta, negotia quae ad te pertinent, gesserit: cum omnem diligentiam praestare debeat, usuras pecuniae tuae, quam administrasse fuerit comprobata, praestare compelli potest." — und endlich der

§. 1. I. de oblig. quae ex contr. (3, 27.)

welcher von der n. g. handelt, und ſich dann ſo ſchließt: „quo casu ad *exactissimam* quisque *diligentiam* compelletur reddere rationem: nec sufficit, talem diligentiam adhibuisse, qualem suis rebus adhibere soleret, si modo alius diligentior commodius administraturus esset negotia." — Hiezu iſt nun auch die Paraphraſe des Theophilus

ad h. §. Ed. *Reitz*, Tom. I. p. 708.

zu vergleichen:

„Ὥσπερ δὲ ὁ χρησίμως διοικήσας τὰ ἀλλότρια πράγματα ἔνοχον ἔχει τὸν τούτων δεσπότην, ἐφ' οἷς ἐδαπάνησεν· οὕτω καὶ ἐκ τοῦ ἐναντίου αὐτὸς ὁ διοικητὴς κρατεῖται, ὥστε τῆς διοικήσεως λόγους ὑποσχεῖν, ἀπαιτούμενος τὴν ἀκριβεστάτην καὶ ὑπερβάλλουσαν ἐπιμέλειαν τοῖς πράγμασι παρασχεῖν· οὐδὲ γὰρ ἐξαρκεῖ αὐτῷ. πρὸς τὸ μὴ κατασχεθῆναι τῇ negotiorum gestorum, τὸ τοιαύτην ἐπιμέλειαν ἐπιδείξασθαι περὶ τὴν ἀλλοτρίαν οὐσίαν, οἵαν εἰώθει ἐπὶ τοῖς οἰκείοις ποιεῖσθαι πράγ-

„Sicuti autem, qui aliena negotia utiliter administravit, horum dominum obligatum habet in ea quae impendit: ita et e contrario ipse administrator tenetur, ut administrationis rationes reddat, quum cogatur exactissimam et superabundantem diligentiam *alienis* rebus adhibere. Neque enim illi sufficit, ne negotiorum gestorum *actione* teneatur, talem ostendisse in alieno patrimonio diligentiam, qualem in suis rebus adhibere

μασι, μόνον μέν τοι, εἴγε ἕτερος ἐπιμελέστερος ἐπωφελέστερον ἤμελλε διοικεῖν τὰ πράγματα· τότε γὰρ οὐ πρὸς τὴν αὐτοῦ τοῦ διοικητοῦ, ἀλλὰ πρὸς τὴν ἑτέρου ἐπιμέλεια τὰ τῆς διοικήσεως κρίνεται.“

solet, dummodo alius diligentior *illas* res utilius administraturus fuisset: tunc enim non ad ipsius administratoris, sed ad alterius diligentiam administrationis *causa* dijudicanda est.“

Wir ſehen nun aus dieſen verſchiedenen Stellen, daß die Verfaſſer derſelben ſich über den Grad der culpa, für welchen der n. g. zu haften habe? verſchiedener Ausdrücke bedient haben, namentlich aber, daß Einige von dem negativen Punkte, nehmlich von dem Mangel an Sorgfalt, Andere aber von dem poſitiven, nehmlich dem Maaße der Sorgfalt, welche er anzuwenden hat, ausgegangen ſind. Aber daran iſt wohl nicht zu zweifeln, daß das „In terminis simus faciles, dummodo consentiamus in re“ hier Anwendung findet; denn wäre ein dissensus in re vorhanden geweſen, ſo würde wohl Juſtinian ſich bewogen gefunden haben, dießfalls eine authentiſche Erklärung zu geben, daraus aber, daß die Inſtitutionen davon, daß man hierüber früher verſchiedene Anſichten gehabt habe, diejenige Anſicht aber, welche nun vorgetragen werde, die richtige ſey, gar nichts enthalten, iſt doch wohl zu ſchließen, daß man nur in der Faſſung eine Verſchiedenheit, in der Hauptſache aber Uebereinſtimmung fand. Auch würde wahrſcheinlich hierüber ſchon eine Deciſion Juſtinians ergangen ſeyn, denn nach andern Vorgängen würden wohl die Mitglieder der Geſetzgebungs-Commiſſion, beziehungsweiſe Redaction, ohne eine Entſcheidung Juſtinians eine ſolche Controverſe nicht entſchieden haben. Nun ſieht man aber, wenn man die obigen Stellen mit einander vergleicht, gar wohl, wie ſehr ſich die Verfaſſer derſelben Mühe gegeben haben, um ja das Maaß ſeiner Sorgfalt, welche der n. g. anzuwenden, oder den Grad der culpa, für welchen er zu haften habe? genau zu beſtimmen. Wie leicht wäre aber dieß geweſen, wenn ſchon die Römiſche Doctrin und die Römiſchen Rechtsgelehrten das ſo mühſam aufgeführte Gebäude unſerer Trichotomiſten gekannt hätten. Denn ſie hätten ja dann nur ſich ſo ausdrücken dürfen, der n. g. habe culpam levem oder levissimam zu leiſten, und dann wäre ja die Sache

wenigſtens den Worten nach entſchieden geweſen. Den Ausdruck *levem* finden wir aber in der Conſtitution der Imperatoren Diocletian und Maximian (oben S. 43) allein, was er bezeichnen ſolle, und daß er namentlich die exactissimam diligentiam bezeichnen ſollte, ergibt ſich aus der Vergleichung dieſer mit den übrigen Stellen. Allein ſie kannten die ſo ſehr feinen Diſtinctionen unſerer Trichotomiſten nicht, und ſomit waren ſie alſo auch genöthigt, zu Umſchreibungen, welcher ſie ſonſt füglich hätten entbehren können, ihre Zuflucht zu nehmen. Ich gehe noch weiter, und frage: Was wird dann eigentlich, und was ſollte mit einer Entſcheidung, daß der n. g. nur für culpa levis oder levissima hafte, gewonnen ſeyn? Wie unterſcheidet ſich dann die culpa levis von der levissima in der Anwendung, wo iſt die haarfeine Gränzlinie, wo die levis endet und die levissima beginnt? Hätte einer der Trichotomiſten auch nur Ein Beiſpiel gegeben, ſo könnte man noch einigermaßen ſich hierüber verſtändigen. So aber, ſo lange der Streit ſich immer nur um Worte dreht, deren praktiſche Anwendung ein unauflösbares Problem bleibt, kann man auch hierüber nur bemerken, daß eine ſolche Diſtinction rein unpraktiſch iſt. Laſſen wir alſo uns in dieſen Wortſtreit nicht weiter ein. Die Frage ſelbſt und die practiſch anwendbare Antwort iſt es, was uns intereſſirt. Alle obigen Stellen aber mit Ausnahme derjenigen, welche bloß von culpa ſprechen, ſtimmen nun darin überein: daß der n. g. nicht nur diejenige Sorgfalt, welche er in ſeinen eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, ſondern überhaupt alle mögliche Sorgfalt auf das von ihm übernommene Geſchäft zu verwenden habe. Daß namentlich auch die Stelle der Inſtitutionen nicht den Sinn, den ihr die trichotomiſtiſchen Vertheidiger der culpa levis aufdringen wollen, habe, ſo wie den wahren Sinn derſelben hat bereits unſer Verf. S. 363. u. 364. richtig bemerkt, und nur darüber bin ich nicht mit ihm einverſtanden, daß die Paraphraſe des Theophilus einen andern Sinn als der Inſtitutionen-ſ. habe, denn auch Theophilus ſagt daſſelbe, nur etwas umſtändlicher als Juſtinian, und wenn er hier noch ein „τότε“ „tunc“ eingeſchalten hat, ſo geſchah dieß gewiß nur in der

Abſicht, um recht genau im Sinne Juſtinians zu bezeichnen, daß der Maaßſtab der von dem n. g. zu leiſtenden Sorgfalt nicht von ſeinem individuellen Benehmen in concreto, ſondern lediglich von dem ganz allgemeinen Begriffe derſelben in abſtracto entnommen werden müſſe, d. h. ſo lange nur noch denkbar iſt, daß irgend ein Anderer eine größere Sorgfalt angewendet hätte, oder was wohl daſſelbe iſt, ſo lange immer noch eine größere Sorgfalt, als der n. g. angewendet hat, möglich iſt, haftet derſelbe; dieß iſt die Regel. Von einer weiteren Frage: ob, wenn der n. g. nur einen Theil der Angelegenheiten eines Andern beſorgt hat, der übrigen aber ſich nicht annahm, dafür, daß er ſich nicht aller Angelegenheiten angenommen hat, hafte, handelt Julian

Fr. 6. §. 12. D. h. t.

„Videamus in perſona ejus, qui negotia adminiſtrat, ſi quaedam geſſit, quaedam non, contemplatione tamen ejus alius ad haec non acceſſit, et ſi vir diligens, quod ab eo exigimus, etiam ea geſturus fuit: an dici debeat, negotiorum geſtorum eum teneri et propter ea, quae non geſſit? quod puto verius.“ — welche Stelle ſich in den Baſilicen alſo ausgedrückt findet:

L. XVII. tit. 1. Fr. 6. §. 10. (Ed. *Fabr.* Tom. I. p. 306.)

„Ἐάν τις τινὰ μὴν διοικήσῃ, τινὰ δὲ μὴ διοικήσῃ, ἅπερ ἔμελλεν ἐπιμελὴς ἄνθρωπος διοικεῖν, ἐνέχεται, εἰ δι' αὐτὸν ἕτερος οὐ διῴκησεν.

„Si quis quaedam geſſerit, quaedam non, quae vir diligens geſturus fuit, tenetur, ſi propter eum alius non geſſerit.“

Daß aber dieſer alius nicht jeder alius, ſondern ein vir diligens ſeyn muß, wie ſich Julian ausdrückt, verſteht ſich wohl von ſelbſt. Nur glaube ich, daß dieſe Stelle ſo, wie ſie vorliegt, noch einer Erläuterung bedarf. Mir ſcheint es nehmlich zunächſt auch darauf anzukommen, ob der n. g. es wußte, daß ein alius vir diligens ſich aller Angelegenheiten des Geſchäftsherrn angenommen haben würde? denn weiß er es nicht, und würde der alius diligens ſich erſt nachher darüber ausgeſprochen haben, daß er, wenn nicht ſchon ein Anderer, wenigſtens theilweiſe, dieſe Geſchäfte beſorgt hatte, ſie alle beſorgt haben würde, ſo kann er unmöglich haften; denn nur dann, wenn er wirklich wußte, daß ein

Anderer, welcher alle Angelegenheiten beſorgt haben würde, und die gehörigen Eigenſchaften hiezu hat, aus Rückſicht für ihn aber zurückgetreten iſt, haftet er, wenn er nicht jetzt vom Schauplatze abtritt, und dieſem die Beſorgung überläßt, oder ſich jetzt aller Geſchäfte annimmt. Sodann geht nun unſer Verfaſſer S. 365. u. 367. auf die Ausnahms-Fälle, in welchen der n. g. auch für die Zufälle zu haften hat, über. Die Ausnahme zu a) gründet ſich nun auf Pomponius

Fr. 11. D. h. t.

„Sed Proculus interdum etiam casum praestare debere: veluti si novum negotium, quod non sit solitus absens facere, tu nomine ejus geras: veluti venales novitios coëmendo, vel aliquam negotiationem ineundo: nam si quid damnum ex ea re secutum fuerit, te sequetur: lucrum vero absentem: quod si in quibusdam lucrum factum fuerit, in quibusdam damnum, absens pensare lucrum cum damno debet.“ — Eine Stelle, welche ganz klar iſt, denn wenn ſich der n. g. wirklich mit ſogenannten Speculationen, mit welchen ſich der Geſchäftsherr nie befaßt hat, befaſſen würde, ſo iſt es in der That auch ganz ſeine Sache, die Gefahr einer ſolchen Speculation zu übernehmen. Daß aber, wenn der Gewinn den Schaden überſteigen würde, der Geſchäftsherr nur den reinen Gewinn fordern kann, iſt gewiß eben ſo vernunftgemäß als billig.

Zu b) führt der Verfaſſer ſodann eine Ausnahme auf, welche er durch die Stelle Ulpians

Fr. 8. §. 3. D. h. t.

begründen will. Wie aber dieſe Ausnahme hiedurch begründet werden könnte? ſehe ich nicht ein. Die Stelle lautet alſo: „Julianus libro 3. tractat, si ex duobus sociis alter me prohibuerit administrare, alter non, an adversus eum, qui non prohibuit, habeam negotiorum gestorum actionem: movetur eo, quod si data fuerit adversus eum actio, necesse erit et eum pertingi, qui vetuit: sed et illud esse iniquum, eum, qui non prohibuit, alieno facto liberari, cum, si mutuam pecuniam alteri ex sociis, prohibente socio, dedissem, utique eum obligarem: et puto secundum Julianum debere dici,

superesse contra eum, qui non prohibuit, negotiorum gestorum actionem: ita tamen, ut is, qui prohibuit, ex nulla parte, neque per socium neque per ipsum, aliquid damni sentiat.“ — Sie handelt alſo zunächſt von dem Falle: wenn der n. g. die Angelegenheiten einer aus zwey Perſonen beſtehenden Geſellſchaft beſorgt, einer der Geſellſchafter aber ihm dieſe Beſorgung ausdrücklich unterſagt hat. Hier trat nun die Frage ein: ob dieſes ausdrücklichen Verbots unerachtet auch der Verbietende mittelſt der a. n. g. c. belangt, oder der andere Geſellſchafter dieſes einſeitigen Verbots halber auch, wie der Verbietende, nicht belangt werden könne? Beides halten Julian und ſein Referent Ulpian für unthunlich, und ſo kommen ſie nun auf den dritten möglichen Fall, daß nehmlich der n. g. nur als n. g. desjenigen socius, welcher kein Verbot eingelegt hat, anzuſehen ſey, derjenige socius aber, welcher dieſes Verbot eingelegt hat, durch dieſe Geſchäftsführung keineswegs verbindlich werden könne, daß alſo auch nur zwiſchen dem n. g. und demjenigen, welcher kein Verbot eingelegt, keineswegs aber zwiſchen ihm und demjenigen, welcher ein Verbot eingelegt hat, ein Rechtsverhältniß entſtehe. Davon aber, daß der n. g. in einem ſolchen Falle auch für den Zufall haften müſſe, und von einem Unglücksfall, welcher ohne Einmiſchung des n. g. nicht entſtanden wäre, enthält die fragliche Stelle auch nicht die leiſeſte Andeutung. Dieſe Ausnahme läßt ſich alſo keineswegs durch die a. Stelle rechtfertigen. Allein an ſich iſt ſie doch begründet, denn wenn Jemand gegen ein ausdrückliches Verbot ſich in die Angelegenheiten eines Andern — alſo ganz unbefugter Weiſe — miſchen, und eben hiedurch dieſe einem nachtheiligen Zufalle ausſetzen würde, ſo würde er — aber nicht als n. g. (denn als dieſer kann er ja eben des Verbots halber gar nicht angeſehen werden), ſondern ſeiner unbefugten Einmiſchung halber mittelſt der actio ex L. Aquilia utilis, oder einer actio in factum haften. Setzen wir z. B. folgenden Fall: Jemand, der ein abgelegenes Landhaus bewohnt, tritt eine Reiſe an, und bittet einen ſeiner Freunde, in ſeiner Abweſenheit ſeine Angelegenheiten zu beſorgen. Ausdrücklich aber trägt er ihm auf, alles dasjenige, was ſich in ſeinem Landhaus an Meu=

beln ꝛc. befinde, auf demſelben zu laſſen. Der Bevollmächtigte hält jedoch dieſe Meubles auf dem abgelegenen Landhauſe nicht für geſichert, und will ſie in das in der Stadt gelegene Haus ſeines Freundes bringen laſſen, unglücklicher Weiſe aber werden auf dem Transport die mit dieſen Meubeln beladenen Wagen umgeworfen und die Meubles ſelbſt zertrümmert. Hier haftet nun offenbar der Bevollmächtigte, welcher trotz dem ausdrücklichen Verbot ſeines Freundes dieſe nicht auf dem Landhauſe ließ, ſondern ſie in die Stadt bringen laſſen wollte. Betreffend nun die dritte Ausnahme des Verfaſſers (S. 365), ſo habe ich bereits oben (S. 18 u. 19) gezeigt, daß nach der Stelle Julians

Fr. 6. §. 3. D. h. t.

derjenige, deſſen Angelegenheiten ein Anderer, jedoch nur in der Abſicht, um ſelbſt einen Gewinn hieraus zu ziehen, beſorgt hat, dem n. g. den Gewinn mittelſt der a. n. g. d. entwinden könne. Iſt aber durch eine ſolche n. g. gar kein Gewinn, ſondern bloß Schaden, und zwar für denjenigen, deſſen Geſchäfte der n. g. jedoch nur, um für ſich ſelbſt einen Gewinn zu erzielen, beſorgt hat, entſtanden, haben namentlich Vermögenstheile des Geſchäftsherrn einen theilweiſen oder gänzlichen Untergang hiedurch erlitten, ſo haftet der n. g. aber nicht als ſolcher, ſondern vielmehr deßwegen, weil er ſich in ganz rechtswidriger Abſicht depraedandi causa, d. h., um ſich ſelbſt einen Gewinn aus fremden Sachen zuzueignen, oder wie ſich Papinian in dem

Fr. 32. pr. D. h. t.

ausdrückt, als praedo in fremde Angelegenheiten gemiſcht hat. Doch dieſe letztere Stelle müſſen wir etwas genauer betrachten: „Fidejussor imperitia lapsus, alterius quoque contractus, qui personam ejus non contingebat, pignora, vel hypothecas suscepit: et utramque pecuniam creditori solvit, existimans indemnitati suae, confusis praediis, consuli posse, ob eas res judicio mandati frustra convenietur, et ipse debitorem frustra conveniet: negotiorum autem gestorum actio utrique necessaria erit, in qua lite culpam aestimari satis est, non etiam casum: *quia praedo fidejussor non videtur*, creditor ob id factum ad restituendum judicio, quod de pignore dato redditur, cum videatur jus suum vendidisse, non tene-

bitur." — Vorerſt müſſen wir nun in das Factiſche dieſes Falls eingehen. Es hatte Jemand bey einem Andern Geld in verſchiedenen Poſten aufgenommen, nur für Einen derſelben hatte er dem Gläubiger einen Bürgen beſtellt. Der Bürge erhielt nun von dem Gläubiger nicht nur die für denjenigen Poſten, für welchen er ſich dem Gläubiger verbürgt hatte, ſondern für die ganze Schuld, ſomit auch für denjenigen Theil derſelben, für welchen er ſich nicht verbürgt hatte, beſtellten Fauſt- oder Unterpfänder, und bezahlte dem Gläubiger die ganze Schuld. Nun wollte er dieſe Schuld von dem Schuldner mittelſt der actio mandati zurückfordern, oder der Schuldner wollte ihn mittelſt der actio mandati dafür, daß er die ganze Schuld dem Schuldner bezahlt, und ihn vielleicht hiedurch etwa, weil diejenige Schuld, welche er bezahlt hatte, eine betagte oder bedingte war, in Nachtheil verſetzt hatte, belangen. Dieſe Klage findet nun, ſagt Papinian, nur wegen desjenigen Theils der Schuld, wegen welcher ſich der Bürge aus Auftrag, oder wenigſtens mit Vorwiſſen des Schuldners (vgl. oben S. 25) verbürgt hat, Statt, in Beziehung auf den übrigen Theil aber kann der Schuldner nur die a. n. g. directa, der Bürge nur die a. n. g. contraria anſtellen. Somit müßten alſo Beide in Beziehung auf die ganze Schuld zwey verſchiedene Klagen, nehmlich

a) in Beziehung auf denjenigen Antheil, für welchen ſich der Bürge verbürgt hat, die act. mandati directa, beziehungsweiſe contraria;

b) in Beziehung auf denjenigen Antheil, für welchen ſich der Bürge nicht verbürgt hat, die act. n. g. directa, beziehungsweiſe contraria anſtellen, und ſo ſehen auch die Baſiliken

L. XVII. tit. 1. Fr. 32. (Ed. *Fabr.* Tom. II. p. 317.)

die Sache an, wenn ſie bemerken:

„διὰ τὸ μὴ Φερόμενον εἰς τὸ πρόσωπον αὐτοῦ χρέος, οὐχ ἁρμόζει μεταξὺ αὐτοῦ καὶ τοῦ ἐναγομένου ἡ περὶ τῆς ἐντολῆς ἀγωγὴ, ἀλλ' ἡ περὶ τῆς διοικήσεως."	„ex causa contractus, qui personam ejus non contingit, inter eum et principalem debitorem mandati actio non est, sed neg. gestorum."

Allein meiner Anſicht nach haben ſie die Sache nicht richtig aufgefaßt, denn Papinian ſagt ausdrücklich *„ob eas res"*, worunter er alſo, da er ſonſt nothwendig zwiſchen

den verſchiedenen Theilen der Schuld hätte unterſcheiden müſſen, die ganze Schuld verſtanden hat. Papinian ſah nehmlich wohl ein, daß die Anſtellung zweyer verſchiedenen, die zwey verſchiedenen Theile der Schuld, nehmlich den verbürgten und unverbürgten, betreffenden Klagen mit Inconvenienzen verbunden ſeyn würde, und um nun dieſe zu beſeitigen, geſtattete er Beiden dieſelbe Klage, und daß er hier die a. n. g. wählte, dafür hatte er einen zureichenden Grund, denn die a. mandati konnte er nicht wählen, da in Beziehung auf den unverbürgten Theil der Schuld ein Mandat gar nicht vorlag, dagegen aber konnte die a. n. g. doch als das Mindere in Beziehung auf den verbürgten Theil der Schuld Statt finden, da ja in Beziehung auf dieſen ſelbſt das Mehr, nehmlich die a. m. Statt gefunden hätte. Was nun aber den Nachſatz unſerer Stelle von „creditor" bis zum Ende betrifft, ſo müſſen wir hier vorerſt der Imperatoren Severus und Antonin

Const. 2. C. de fidej. (8, 41.)

zu Hülfe nehmen: „Creditori, qui pro eodem debito et pignora et fidejuſſorem accepit, licet, ſi malit, fidejuſſorem convenire in eam pecuniam, in qua ſe obligaverit, quod cum facit, debet jus pignorum in eum transferre. Sed cum in alia quoque cauſa eadem pignora vel hypothecas habet obligatas, non prius compellendus est transferre pignora, quam omne debitum exſolvatur." — Hier ſtellen nehmlich die Imperatoren den Satz auf, daß ein Gläubiger, welcher von dem Bürgen bezahlt wird, das von dem Schuldner ihm beſtellte Pfandrecht auf den Bürgen übertragen müſſe. Denken wir uns nun in dem vorliegenden Falle, daß der Gläubiger für die ganze Schuld Pfänder und für einen Theil derſelben noch einen Bürgen erhalten hat, ſo würde der Gläubiger, ſo lange der Bürge, welcher ihm die ganze Schuld bezahlt hat, noch nicht befriedigt iſt, auf Rückgabe der Pfänder, welche er ja durch Annahme der Schuld auf den Bürgen und Zähler übertragen hat (jus ſuum vendidit), nicht belangt werden können. So viel hievon. Was nun die vierte Ausnahme des Verfaſſers betrifft, ſo erſcheint allerdings ein pactum ſpeciale, deſſen die S. 365. abgedruckte

Const. 22. C. de neg. gestis. (2, 19.)

erwähnt, mit der n. g. durchaus unvereinbar, wenn man annimmt, daß die n. g. durch die Genehmigung des Geſchäftsherrn ſich in ein Mandat verwandle. Allein daß dieß nicht der Fall ſey, habe ich oben (S. 33) erwieſen. Somit haben wir aber auch nicht nöthig, zu den verſchiedenen Behelfen, welche die Erklärer dieſer Stelle erfanden, unſere Zuflucht zu nehmen. Denn bleibt die n. g. auch nach der Genehmigung des Geſchäftsherrn immer noch n. g., und verwandelt ſie ſich nicht in ein Mandat, ſo läßt ſich ein ſolches pactum gar wohl denken. Setzen wir nehmlich den Fall, daß der Geſchäftsherr das von dem n. g. bereits beſorgte genehmigt, dabey aber ſich von Letzterem die Zuſage leiſten läßt, daß er ſelbſt für alle Zufälle haften wolle, ſo können wir die gedachte Conſtitution, an welcher allerdings nicht zu klügeln und zu deuten iſt, ganz wörtlich nehmen, und ſie ſteht auch mit der n. g. ſelbſt nicht im mindeſten Widerſpruch. S. 368. geht ſodann unſer Verfaſſer auf die weiteren Ausnahms-Fälle, in welchen der n. g. nur für dolum und culpam latam zu haften hat, über, und in Beziehung auf den erſten Fall bezieht er ſich auf Ulpians

Fr. 3. §. 9. D. h. t.

„Interdum in negotiorum gestorum actione Labeo scribit, dolum solummodo versari: nam si affectione coactus, ne bona mea distrahantur, negotiis te meis obtuleris: aequissimum esse, dolum duntaxat te praestare. Quae sententia habet aequitatem.“ — Ganz richtig aber ſcheint mir der Verfaſſer dieſe Stelle auf alle Noth- und dringenden Fälle auszudehnen. Setzen wir nehmlich den Fall, ein hart an das Haus eines Abweſenden gränzendes Haus ſteht in vollen Flammen, einer ſeiner Freunde eilt herbey, um wenigſtens das in dem Hauſe befindliche Mobiliar ſeines Freundes zu retten, allein bey dieſer Rettung wird Vieles ruinirt, Einiges gar ganz zu Grunde gerichtet. Wäre es hier nicht offenbar baarer Unſinn, dem Freunde, der zur Rettung herbeyeilt, zuzumuthen, daß er auf jedes Stückchen die größtmögliche Sorgfalt zu verwenden habe? Gewiß nicht, und ſo unpraktiſch waren die Römiſchen Rechtsgelehrten, welche in und durch das Leben gebildet wurden, nicht, auch hat man das Unpraktiſche größtentheils nicht aus dem Römiſchen Recht heraus-, ſondern in daſſelbe erſt hineingetragen.

Nun hat aber der Verfaſſer in der zweiten Ausnahme der Imperatoren Diocletian und Maximian

Const. 17. C. h. t. (2, 19.)

generaliſirt, und behauptet: daß überhaupt Erben eines n. g. nur für dolum und culpam latam zu haften haben. Allein hiemit weiß ich nicht übereinzuſtimmen; dieſe Conſtitution hatte nehmlich zunächſt einen beſondern Fall im Auge, und welchen? ſagen uns die Baſilicen

L. XVII. tit. 1. Fr. 17. (Ed. *Fabr.* Tom. II. p. 334.)

in der Einleitung:

„Ἐφήβου κόρης πράγματα διοικήσας κουράτωρ, ἐτελεύτησεν ἐπί τισι κληρονόμοις. ὅ, τοῦ κουρὰτωρος κληρονόμοι νομίσαντες καὶ ἑαυτῆς κουράτωρας εἶναι τῆς νεωτέρας, ἐξεποίησαν αὐτῆς πράγματα. προσῆλθε τοίνυν κατ' αὐτῶν ἡ νεωτέρα, καὶ μεμφομένη τὴν ἐκποίησιν, καὶ θέλουσα λόγους αὐτοὺς ἀπαιτῆσαι τῆς διοικήσεως, ἀντέγραψεν οὖν πρὸς αὐτὴν ἡ διάταξις οὕτως.“

„Curator negotia adultae gerens decesserat quibusdam relictis heredibus. Curatoris successores existimantes se quoque adultae curatores esse, res ejus alienaverunt. Adulta igitur precibus adversus eos Principi oblatis, deque alienatione rerum suarum conquesta, et rationes administrationis ab eis sibi reddi desiderans, rescriptum in hanc sententiam impetravit.“

und jetzt erſt folgt unſere Conſtitution beynahe wörtlich: „Curatoris etiam successores negotiorum gestorum utili conventos actione tam dolum quam latam culpam praestare debere, nec ad eos officium administrationis transire, ideoque nullam alienandi eos res adultae potestatem habere convenit.“ — Hier war alſo der Fall vorhanden, daß die Erben des Curators eines Minderjährigen in dem Wahne, daß nunmehr ſie die Curatoren deſſelben ſeyen, ſeine Vermögensſtücke veräußerten; darüber zunächſt beſchwerte ſich der Minderjährige, und bat zugleich, daß dieſe angehalten werden, ihm Rechnung über die geführte Curatel zu ſtellen. Die Imperatoren ließen ihm nun reſcribiren, die Erben ſeines verſtorbenen Curators ſeyen allerdings nicht als ſeine Curatoren anzuſehen, ihnen mangle es daher an aller Veräußerungs-Befugniß,

eben deßwegen aber ſeyen auch, denn dieß muß man ſich nothwendig hinzudenken, die von ihnen vorgenommenen Veräußerungen nichtig, und ihm, dem Minderjährigen, ſtehe es jetzt frey, entweder die veräußerten Sachen von den Beſitzern derſelben zurückzufordern, wie denn auch Celſus

Fr. 2. D. de eo, qui pro tutore. (27, 5.)

uns belehrt: „Si is, qui pro tutore negotia gerebat, cum tutor non esset, rem pupilli vendidit, nec ea usucapta est, petet eam pupillus." — oder aber die Erben des Curators mittelſt der a. n. g. utili — jedoch nur auf dolum oder culpam latam — zu belangen. Hier hat nun offenbar die Sache etwas Schwieriges. Man ſollte nehmlich glauben, daß die Erben des Curators, welche ſich ſelbſt für Curatoren hielten, mit der actio pro tutore curatoreve belangt werden ſollten, welche nach Paulus

Sent. rec. L. I. tit. 4. §. 8.

„Qui cum tutor curatorve non esset, si pro tutore curatoreve res pupilli adultive administraverit, actione n. g. pro tutore curatoreve tenebitur" — nur eine beſondere Art der a. n. g. iſt, indem auch derjenige, welcher ſich bloß für einen Curator, wie hier die Erben des wirklichen Curators hält, nur als Pro Curator anzuſehen iſt, nach Ulpian

Fr. 1. §. 1. D. de eo, qui pro tut. (27, 5.)

„Pro tutore autem negotia gerit, qui munere tutoris fungitur in re impuberi, sive se putet tutorem, sive scit non esse, finget tamen esse." — ein ſolcher aber nach Pomponius

Fr. 4. D. ej. tit.

„Qui pro tutore negotia gerit, eandem fidem et diligentiam praestat, quam tutor praestaret" — dem Tutor und Curator in Hinſicht auf die praestatio culpae ganz gleich zu ſetzen iſt. Die Imperatoren aber giengen wohl nur von dem Grundſatze aus, daß bey den Erben des Curators, welche ſich ſelbſt für Curatoren hielten, zwey verſchiedene Geſichtspunkte ſich bieten, nehmlich einmal der, daß ſie Erben des wirklichen Curators ſind, ſodann, daß ſie ſelbſt pro curatore die Curatel verwaltet haben, und der

erſtere Geſichtspunkt ſchien ihnen entſcheidend. Nun konnten ſie aber nach der Imperatoren Sever und Antonin

Const. 1. C. de hered. tut. et curat. (5, 54.)

„Heredes tutorum ob negligentiam, quae non latae culpae comparari possit, condemnari non oportet, si non contra tutorem lis inchoata est, neque ex damno pupilli lucrum captatum, aut gratia praestitum sit." — offenbar nur für dolus und culpa lata verantwortlich gemacht werden. Von dieſer letztern Conſtitution wird aber noch weiter unten bey dem geeigneten Orte die Rede ſeyn. Doch hier genügt es zu bemerken, daß diejenige Conſtitution, auf welche ſich unſer Verfaſſer zum Beweis des Satzes, daß die Erben eines n. g. nur für dolum und culpam latam haften, beruft, nur von den Erben eines Curators handle, keineswegs aber von den Erben eines n. g. überhaupt, denn zwiſchen einem n. g. oder einem tutor oder einem curator unterſchieden ja dieſelben Imperatoren in der oben (S. 43) abgedruckten

Const. 20. C. h. t. (2, 19.)

ganz genau, und eben ſo genau haben ſie auch gewiß zwiſchen den Erben derſelben unterſchieden. Was aber die Einrechnung des Schadens in den Gewinn, oder vielmehr den Abzug des Erſteren von Letzterem betrifft, ſo habe ich bereits oben (S. 18 u. 19) hievon gehandelt.

§. 422b. S. 369—374.

Davon, in wie weit der n. g., welcher nur theilweiſe die Geſchäfte eines Andern beſorgt hat, hafte, habe ich bereits des Zuſammenhangs wegen oben (S. 48 u. 49) gehandelt. Was nun die Verbindlichkeit des n. g. aus ſeiner eigenen Schuld, dem Geſchäftsherrn Zinſe zu bezahlen, betrifft, ſo hat der Verfaſſer bereits das Richtige bemerkt, und den von ihm angeführten Stellen habe ich nur noch Tryphonins

Fr. 38. D. h. t.

beyzufügen: „Qui sine usuris pecuniam debebat, creditoris sui gessit negotia: quaesitum est, an negotiorum gestorum actione summae illius usuras praestare debeat: dixi, si a semetipso exigere eum oportuit, debiturum usuras: [quod si dies solvendae pecuniae tempore, quo

negotia gerebat, nondum venerat, usuras non debiturum: sed die praeterito, si non intulit rationibus creditoris, cujus negotia gerebat, eam pecuniam a se debitam, merito usuras bonae fidei judicio praestaturum. Sed quas usuras debebit, videamus: utrum eas, quibus aliis idem creditor foenerasset, an et maximas usuras? quoniam ubi quis ejus pecuniam, cujus tutelam, negotiave administrat, aut magistratus municipii publicam in usus suos convertit: maximas usuras praestat, ut est constitutum a Divis principibus. Sed istius diversa causa est, qui non sibi sumpsit ex administratione nummos, sed ab amico accepit, et ante negotiorum administrationem, nam illi, de quibus constitutum est, cum gratuitam, certe integram, et abstinentem omni lucro praestare fidem deberent: licentia, qua videntur abuti, maximis usuris, vice cujusdam poenae, subjiciuntur: hic bona ratione accepit ab alio mutuum: et usuris, quia non solvit, non quia ex negotiis, quae gerebat, ad se pecuniam transtulit, condemnandus est. Multum autem refert, incipiat nunc debitum, an ante nomen fuerit debitoris: quod satis est ex non usurario facere usurarium." — Was aber der Verfaſſer S. 372. auf den Grund der Stelle Scävola's

Fr. 35. §. 2. D. h. t.

bemerkt, ſo müſſen wir dieſe Stelle etwas genauer betrachten. Sie lautet alſo: „Sed nec redhibitoriae speciem venire in negotiorum gestorum actionem, et per hoc sex mensibus exactis perire, si vel mancipium in rebus non invenit: vel, eo invento, quod accessionum nomine additum est, vel quod deterior homo factus esset, vel quod per eum esset adquisitum non ex re emptoris, nec invenit, nec recepisset: nec esset in ipsius emptoris negotiis, quae gerebat, unde sibi in praesenti redderet." — und ich will ſogleich auch die Stelle der Baſiliken hier beyfügen:

L. XVII. tit. 1. Fr. 35. §. 2. (Ed. *Fabr.* Tom. II. p. 318.)

„*Οὔτε δὲ ἡ περὶ τοῦ χρέους ἀγωγὴ καταφέρεται εἰς τὴν περὶ τῆς διοικήσεως ἀγωγήν. τοῦ γὰρ πράτου διοικοῦντος πράγματα τοῦ ἀγοραστοῦ, καὶ μὴ εὑρόντος*	„Nec actio redhibitoria venit in negotiorum gestorum actionem: nam si venditor emptoris negotia gerat, nec in eis invenerit manci-

ἐν αὐτοῖς τὸ παρ᾽ αὐτοῦ πραθὲν ἀνδράποδον κρυπτὸν πάθος ἔχων, ἢ τὰς προσθήκας, ἢ ὅπερ γέγονε χεῖρον, ἢ τὰ διὰ πρατοῦ οἰκέτου προποριςθέντα, μὴ ἐκ πραγμάτων τοῦ ἀγοραστοῦ, τοιγαροῦν παριόντων τῶν ἓξ μηνῶν, φθείρεται ἡ περὶ τοῦ χρέους ἀγωγή.

pium a se venditum, cui morbus erat, qui latebat, vel accessiones, vel quod deterius factum esset, vel quae per servum essent adquisita non ex re emptoris, sex mensibus exactis actio redhibitoria perit."

Wir müſſen nehmlich hier den Fall vorausſetzen, daß derjenige, welcher nachher die negotia eines Andern gerirte, früher eine fehlerhafte Sache an denſelben verkauft hat. Nach den Grundſätzen von der actio redhibitoria (worüber ich mich hier aber auf den 1. Titel des 21. Buchs beziehen muß), konnte nun der Käufer die redhibitoriſche Klage nur dann anſtellen, wenn er vorher alles dasjenige, was er dem Verkäufer zurückzugeben — zu redhibiren — hatte, auch wirklich zurückgegeben hat. — Nun fand ſich aber unter denjenigen Vermögensſtücken des Geſchäftsherrn, welche der frühere Verkäufer und nachherige negotiorum gestor durch die negotiorum gestio in ſeine Hände bekommen hat, alles dasjenige, was ihm der Käufer und nachherige Geſchäftsherr zu redhibiren gehabt hätte. Hier wird nun die Sache ſo angeſehen, als ob wirklich eine förmliche Redhibition von Seiten des Käufers und Geſchäftsherrn vorgegangen wäre, und der Verkäufer und negotiorum gestor wird als derjenige angeſehen, welchem die Sache redhibirt worden iſt. In dieſem Falle verwandelt ſich nun die actio redhibitoria in die actio n. g., und ſie unterliegt ſomit auch der ſechsmonatlichen Verjährung nicht. — Im andern Falle aber, und wenn dem Verkäufer und nachherigem neg. gestor nicht ſelbſt die Gelegenheit gegeben war, die Redhibition als eine bereits geſchehene zu betrachten, kann die actio redhibitoria ſich keineswegs in die actio neg. gest. verwandeln, und dieß Letztere findet auch dann Statt, wenn von demjenigen, was zu redhibiren war, ſich nur ein Theil in den Händen des Verkäufers und nachherigen negotiorum gestoris befand. Hier tritt alſo die Verjährung der actio redhibitoria ein. Was die Stelle des Paulus

Fr. 13. D. h. t.

betrifft, ſo läugne ich nicht, daß dieſelbe, wenn man ſie ſo, wie der Verfaſſer S. 373. erklärt, etwas Auffallendes hat.

Doch möge vorerſt dieſelbe ſelbſt hier ſtehen: „Debitor meus, qui mihi quinquaginta debebat, decessit: hujus haereditatis curationem suscepi: et impendi decem, deinde redacta ex venditione rei haereditariae centum in arca reposui, haec sine culpa mea perierunt: quaesitum est, an ab haerede, qui quandoque extitisset, vel creditam pecuniam quinquaginta petere possim, vel decem, quae impendi. Julianus scribit, in eo verti quaestionem, ut animadvertamus, an justam causam habuerim seponendorum centum: nam si debuerim et mihi, et caeteris haereditariis creditoribus solvere, periculum non solum sexaginta, sed et reliquorum quadraginta (millium) me praestaturum: decem tamen, quae impenderim retenturum, id est, sola nonaginta restituenda: si vero justa causa fuerit, propter quam integra centum custodirentur, veluti si periculum erat, ne praedia in publicum committerentur, ne poena trajectitiae pecuniae augeretur, aut ex compromisso committeretur, non solum decem, quae in haereditaria negotia impenderim, sed etiam quinquaginta, quae mihi debita sunt, ab haerede me consequi posse.“ — Mit dieſer müſſen wir aber auch die Stelle der Baſilicen

L. XVII. tit. 1. Fr. 13. (Ed. *Fabr.* Tom. II. p. 309.)

vergleichen:

„Ἐὰν χρεωστούμενος παρὰ σοῦ πεντήκοντα νομίσματα, σοῦ τελευτήσαντος, καὶ μήπω ὑπεισελθόντος τοῦ κληρονόμου, διοικήσω τὴν κληρονομίαν σου, καὶ δαπανήσω ἕτερα δέκα· εἶτα καὶ ἐπώλησα πρᾶγμα ὀφεῖλον πραθῆναι, καὶ ἔλαβον ὑπὲρ τῆς τούτου τιμῆς νομίσματα ἑκατόν. ἐὰν οὖν ἀπόθωμαι αὐτὰ, καὶ χωρὶς ῥαθυμίας μου ἀπόλωνται, εἰ μὲν μὴ ὑπῆν εὔλογος αἰτία τοῦ ἀποθέθαί με, οὐ μόνον τὰ πεντήκοντα νομίσματα ἀπόλλω, ἀλλ' ἐπειδὴ ἐχρῆν με καταβαλεῖν καὶ ἐμαυτῷ καὶ τοῖς δα-

„Cum mihi quinquaginta solidos deberes ex causa crediti, te mortuo necdum adita hereditate, negotia hereditaria gessi, et in ea decem impendi: deinde rem vendidi, quam vendi expediebat, et ex pretio ejus rei centum redegi. Si igitur haec deposuerim, et sine culpa mea perierint, si quidem justam causam non habui seponendorum, non solum quinquaginta solidorum periculum praesto, sed quia debui et mihi et creditoribus solvere,

νειστακῖς, καὶ ἐπὶ τοῖς λοιποῖς ἐγκινδηνεύω· τὰ δὲ δέκα ἅπερ ἐδαπάνησα παρακρατῶ. εἰ δὲ δι' εὔλογον αἰτίαν ἀπεθέμην, καὶ τὰ πεντήκοντα ἀπαιτῶ."	reliquorum quoque periculum ad me pertinet, decem vero, quae impendi, retineo. Si vero, juſta cauſa fuerit seponendorum, quinquaginta quoque petam."

Gehen wir vorerſt ganz genau in das Factiſche unſers Beiſpiels ein. A., welcher dem B. 500 fl. geliehen hatte, beſorgte nach dem Tode des B. die Angelegenheiten ſeiner Verlaſſenſchaftsmaſſe, und wendete hiebey 100 fl. auf. A. veräußerte nun einige zu der Maſſe gehörigen Stücke, und erlöste hieraus die Summe von 1000 fl. Dieſe 1000 fl. verwahrte A. bey ſich, und ſie wurden ihm, unerachtet er ſie mit der möglichſten Sorgfalt aufbewahrt hatte, entwendet (sine omni culpa perierunt). Jetzt entſteht die Frage: wer hat dieſen Verluſt zu leiden, A. oder die Erben des B.? Hier müſſen wir zwey von einander ganz verſchiedene Fälle unterſcheiden. Einmal läßt ſich denken, daß A. ohne allen Grund das Geld müßig liegen ließ, ja, daß er ſogar dringende Gründe gehabt hätte, Schulden der Erbſchaft damit unverweilt abzutragen, oder er hatte einen hinreichenden Grund, das Geld in ſeiner Verwahrung zu behalten. In dem erſteren Fall tritt nun ein, was Paulus, und zwar auf die Auctorität Julians behauptet: „periculum non solum sexaginta (in unſerem Beiſpiel 600 fl., nehmlich Anleihen 500 fl. und 100 fl. für Aufwand auf die n. g.), sed et reliquorum quadraginta millium (in unſerem Beiſpiel 400 fl., nehmlich 1000 fl. — 600 fl.) me praestaturum." Nun kommt aber der Nachſatz: „decem tamen, quae impenderim, retenturum, id est, sola nonaginta restituturum." Hier muß ich nun vorerſt bemerken, daß die Baſiliken ſtatt „sexaginta" „quinquaginta" leſen, und ich möchte faſt vermuthen, daß dieſe Lesart die richtige ſey, unerachtet das sexaginta keiner kritiſchen Anfechtung auf den Grund einer Variante in irgend einem Codex unterworfen werden kann. Den Nachſatz i. e. sola nonaginta restituturum kennen die Baſiliken gar nicht, und er findet ſich auch wirklich in dem Cod. Hal. nicht. Legt man die Lesart, wie ſie in unſerem Titel vorkommt, zu Grunde, ſo

ergibt ſich allerdings, daß A. nicht nur für ſeine 500 fl. nichts erhielte, ſondern ſogar noch dieſe 500 fl. an die Erben zu erſetzen hätte, und daß er nur diejenigen 100 fl., welche er als n. g. verwendet hatte, von den 1000 fl. in Abzug bringen dürfe, ſomit alſo im Ganzen in die Erbmaſſe 900 fl. zu zahlen hätte. Hier würde offenbar, und darin ſtimme ich mit dem Verfaſſer überein, etwas ziemlich Anſtößiges ſich ergeben. Denn warum ſoll A. mit doppelten Ruthen geſtrichen werden, warum ſoll er ſein Anleihen von 500 fl. nicht nur verlieren, ſondern ſogar noch daſſelbe der Erbmaſſe erſetzen, warum ſollte er jetzt 900 fl. verlieren? ich kann dieß wahrhaftig nicht einſehen. Dieß kann aber auch der Sinn unſerer Stelle nicht ſeyn. Legen wir nehmlich die nach allen Umſtänden richtigere Lesart der Baſiliceu zu Grunde, und verwandeln wir die Zahl sexaginta, in unſe- rem Beiſpiel 600 fl., in quinquaginta, in unſerem Beiſpiel 500 fl., ſo erhalten wir den ganz richtigen Sinn, daß A. das periculum der 500 fl. trage. Dieſes periculum trägt er aber ſchon dann, wenn dieſe 500 fl. verloren gehen, und es iſt offenbar ganz gegen den Begriff des Worts „periculum", wenn man behaupten wollte, daß nicht nur ſeine Schuld verloren gehe, d. h. daß er ſich an den entwendeten 1000 fl. 500 fl. als Zahlung ſeines Anleihens abrechnen laſſen müſſe, ſondern auch ſeine eigene noch dazu verlorene Schuld den Erben erſetzen müſſe, vielmehr entſpricht es ganz dem Begriffe von periculum, daß er 500 fl. der entwendeten 1000 fl. ſich als Zahlung ſeiner Schuld auf-, und ſomit an dem Erſatzpoſten abrechnen laſſen müſſe. Decem, d. h. in unſerem Beiſpiel 100 fl., welche er auf die n. g. verwendet hat, zieht er aber von dem Erſatzpoſten ab, oder behält ſie zurück, weil, wie ich oben (S. 38—40) ſchon gezeigt habe, der n. g. auch dann, wenn gleich der Erfolg der n. g. durch einen Zufall vereitelt wurde, dennoch ſeine Auslagen von dem Geſchäftsherrn fordern kann, und ſomit erſetzt er den Erben nur noch 400 fl. — Der Commentator, von welchem der nicht in den Baſiliceu befindliche Nachſatz „id est, sola nonaginta", herrührt, hätte alſo nur ſtatt „nonaginta" „quadraginta" ſetzen ſollen, und dann wäre ſein Beyſatz richtig geweſen. Hatte aber, um auf den zweiten Fall überzugehen, der n. g. einen hinreichenden Grund, die

baaren 1000 fl. in ſeiner Verwahrung zu behalten, was alſo überall dann der Fall iſt, wenn er einer dringenden Zahlung entgegenſieht, durch welche die Erbmaſſe, wenn ſie nicht ſogleich bezahlen könnte, in einen Verluſt gerathen würde, ſo iſt er für die entwendeten 1000 fl. keinen Erſatz ſchuldig, ſondern kann ſeine Schuld mit 500 fl. und ſeine Auslagen mit 100 fl. von den Erben fordern. Dieß iſt der wahre und richtige Sinn unſerer Stelle.

§. 423^{a}. S. 347—376.

Was das Beiſpiel des Verfaſſers in Beziehung auf die von dem n. g. zu ergreifende Berufung betrifft, ſo haben wir die Stelle **Papinians**

Fr. 31. §. 2. D. h. t.

etwas näher zu betrachten: „Litem in judicium deductam, et a reo desertam frustratoris amicus ultro egit, causas absentiae ejus allegans judici: culpam contraxisse non videbitur, quod sententia contra absentem dicta, ipse non provocavit. *Ulpianus* notat: Hoc verum est: quia frustrator condemnatus est, caeterum si amicus, cum absentem defenderet, condemnatus negotiorum gestorum aget: poterit ei imputari, si, cum posset, non appellasset.“ — Der Grund aber, warum in dem Einen Falle der n. g. oder defensor, als welcher er hier zunächſt erſcheint, appelliren ſolle, iſt in den Baſiliken

L. XVII. tit. 1. Fr. 31. §. 2. (Ed. *Fabr.* Tom. II. p. 315 u. 316.)

mehr hervorgehoben:

„Τοῦ ἐναγομένου μετὰ προκάταρξιν ἀπολειφθέντος, ὁ ἑκουσίως εἰσιὼν καὶ τὴν ἀπόλειψιν αὐτοῦ δικαιολογούμενος, οὐ δοκεῖ ἀμέλειαν πλημμελεῖν μὴ ἐγκαλεσάμενος τὴν κατ᾽ αὐτοῦ ψῆφον. ὁ γὰρ ἀπολειφθεὶς κατεδικάζετο. εἰ μέν τοι τις διενδικῶν τον ἀπόντα κατεκρίθη, καὶ οὐκ ἐξεκαλέσατο, εἶτα κινεῖ τὴν περὶ διοικήσεως ἀγωγὴν, ἐγκαλεῖται, εἰ δυνάμενος, οὐκ ἐξεκαλέσατο.“

„Si reus litem contestatam deserat, qui ultro suscepit defensionem absentis, culpam contraxisse non videtur, quod sententia contra eum dicta ipse non provocavit, quia condemnatus est reus. Si quis tamen cum absentem defenderet, condemnatus sit, nec provocavit, deinde aget negotiorum gestorum, culpatur, si cum posset, non appellavit.“

Der Unterſchied beſteht nehmlich darin, weil, wenn der Beklagte ſelbſt noch litem conteſtirt hätte, das Erkenntniß auf ſeinen Namen, wenn aber der Defenſor litem conteſtirt hatte, das Erkenntniß auf ſeinen, des Defenſors Namen ausgeſprochen wurde, nach Gajus

Instit. Comment. L. IV. §. 87.

„Ab adversarii quoque parte si interveniat aliquis, cum quo actio instituitur, intenditur, dominum dare oportere: condemnatio autem in ejus personam convertitur, qui judicium accepit.“ — womit auch die Formel übereinſtimmt, welcher der Kläger ſich in einem ſolchen Falle bedienen mußte, und welche nach der Paraphraſe des Theophilus zu

§. 2. I. de iis per quos agere possumus. 4, 10. (Ed. *Reitz*, Tom. II. p. 863.)

alſo lautete:

„Εἰ φαίνεται, δοῦναι χρῆναι, Σεΐον δέκα νομίσματα, καταδίκαζον Πρῖμον τὸν αὐτοῦ προκουράτωρα εἰς δέκα νομίσματα.“	„Si adparet, Sejum dare oportere decem aureos, condemna Primum procuratorem ejus in decem aureos.“

Dieſer auf dem Römiſchen Formularweſen beruhende Unterſchied iſt aber jetzt nimmer anwendbar, und dem n. g. die Berufung auch dann zu rathen, wenn das Erkenntniß auf den Namen der Parthie ſelbſt geſtellt iſt.

Zu 3) S. 374. habe ich zu bemerken, daß in Betreff der Verbindlichkeit, Zinſen zu bezahlen, Papinians

Fr. 31. §. 3. D. h. t.

„Qui aliena negotia gerit, usuras praestare cogitur; ejus scilicet pecuniae, quae purgatis necessariis sumtibus superest“ — entſcheidend iſt. Zu der in der Bemerk. 38. S. 375. abgedruckten Stelle des Paulus

Fr. 23. D. h. t.

und zwar zu dem erſten Satz derſelben iſt auch Julians

Fr. 6. §. 9. D. h. t.

wovon oben (S. 20) die Rede war, zu vergleichen. Was aber den Nachſatz von „De eo“ bis zum Ende betrifft, ſo hat dieſer nicht den Sinn, daß, wenn der n. g. dem Geſchäftsherrn ein indebitum ohne ſein Wiſſen bezahlt hat, er die condictio indebiti nimmer anſtellen könne, ſondern

ſie hat vielmehr nur den Sinn, daß, wenn der n. g. für den Geſchäftsherrn ein indebitum eingezogen, und dieſer die negotiorum gestio nachher genehmigt habe, demjenigen, welcher das indebitum bezahlt, die condictio indebiti nur gegen den Geſchäftsherrn zuſtehe.

Zu 4) S. 375. iſt zu bemerken, daß von 12. vom Hundert Zinſen wohl in keinem Falle mehr die Rede ſeyn kann, und den usus modernus s. hodiernus muß ich daher widerſprechen. Die Stelle des Paulus

Fr. 37. §. 1. D. h. t.

deren Inhalt der Verfaſſer theils in den Text, theils in die Note 41. S. 376. aufgenommen hat, lautet ſo: „Si pecuniae quis negotium gerat, usuras quoque praestare cogitur, et periculum eorum nominum. quae ipse contraxit: nisi fortuitis casibus debitores ita suas fortunas amiserunt, ut tempore litis ex ea actione contestatae solvendo non essent.“

§. 423 b. S. 376—379.

Den von dem Verfaſſer in der Anmerk. 42. angeführten Stellen iſt auch noch das oben S. 41. abgedruckte

Fr. 25. D. h. t.

beyzufügen. Was aber die Zinſenſchuldigkeit des Geſchäftsherrn betrifft, ſo ſcheinen die von dem Verfaſſer angeführten Stellen nicht ganz im Einklang zu ſtehen. Nach Paulus

Fr. 19. §. 4. D. h. t.

„Usuras, quas praestavimus, vel quas ex nostra pecunia percipere potuimus, quam in aliena negotia impendimus, servabimus negotium gestorum actione“— ſollte man nehmlich glauben, daß der n. g. von allem demjenigen Gelde, was er auf die n. g. verwendet hatte, Zinſe anſprechen könne, dagegen aber behauptet Ulpian

Fr. 37. D. de usuris. (22, 1.)

Folgendes: „Et in contraria negotiorum gestorum actione usurae veniunt, si mutuatus sum pecuniam, ut creditorem tuum absolvam: quia aut in possessionem mittendus erat bonorum tuorum, aut pignora venditurus, quid si domi habens, propter eandem causam solvi? Puto

verum,

verum, si liberavi ex magno incommodo, debere dici usurac venire: eas autem, quae in regione frequentantur, ut est in bonae fidei judiciis constitutum, sed si mutuatus dedi: hae veniunt usurae, quas ipse pendo, utique si plus tibi praestarim commodi, quam usurae istae colligunt." — Er unterſcheidet ſomit: ob der n. g. das Geld, welches er aufgewendet hat, ſelbſt entlehnt, und hieraus Zinſe bezahlt, oder ob er ſein eigenes Geld auf die n. g. verwendet hat, und ſpricht ihm nur im erſtern Falle den Erſatz derjenigen Zinſe, welche er ſelbſt bezahlt hat, in ſo weit ſolche nicht den Gewinn der n. g. überſteigen, im letzteren Falle aber nur dann, wenn er den Geſchäftsherrn durch die Verwendung ſeines eigenen Geldes einer bedeutenden Verlegenheit entzogen — magno incommodo liberavit — die gewöhnlichen oder landläufigen Zinſe zu. Eine ſolche Zinsforderung aus dem vom n. g. aufgewendeten eigenen Gelde würde daher dann nicht Statt finden, wenn der n. g. ohne eine dringende Veranlaſſung, und bloß, um dem Geſchäftsherrn einen Vortheil zu verſchaffen, deſſen Angelegenheiten beſorgt hätte. Unter die dringenden, d. h. unter diejenigen Fälle, in welchen der n. g. den Geſchäftsherrn einer bedeutenden Verlegenheit entzogen hat, rechnen aber die Baſilicen und das Scholion hiezu

L. XVIII. tit. 3. Fr. 37. (Ed. *Fabr.* Tom. III. p. 385 u. 446.)

(welche aber den Sinn Ulpians inſoferne nicht richtig getroffen haben, als ſie dem n. g. Zinſe aus Anleihen, welche er für den Geſchäftsherrn aufgenommen hat, auch nur in dringenden Fällen zuſprechen), die Fälle, daß dem Geſchäftsherrn wegen Schulden ein Angriff der ſeinen Gläubigern beſtellten Pfänder oder ſeines Vermögens droht. Uebrigens müßte hier natürlich im gegebenen Falle die Frage: ob derſelbe den dringenden Fällen beyzuzählen ſey? das richterliche Ermeſſen Statt finden. Wenn nun gleich die ganz allgemein lautende Stelle des Paulus (vgl. oben S. 64) in unſern, die beſchränkende des Ulpian aber in einen andern Titel aufgenommen wurde, ſo müſſen wir doch nach dem Grundſatz, daß Antinomien nur dann anzunehmen ſind, wenn ſich gar kein Vereinigungs-Verſuch mehr denken läßt, annehmen, daß die Digeſten-Sammler den ganz all-

gemeinen Satz des Paulus auf die von Ulpian angegebene Weiſe beſchränken wollten, und hiefür ſpricht auch der Imperatoren Diocletian und Maximian

Const. 18. C. h. t. (2, 19.)

„Ob negotium alienum gestum, sumptuum factorum usuras praestari bona fides suasit, quo jure contra eos etiam, quorum te necessitate compulsum negotium gessisse proponis, per judicium negotiorum gestorum uteris." — denn die Worte „necessitate compulsum" können doch wohl nur von einem dringenden Falle, von einer liberatio ex magno incommodo, und nicht, wie in den Baſiliken

L. XVII. tit. 1. Fr. 18. (Ed. *Fabr.* Tom. II. p. 335.)

geſchehen, von dem Falle verſtanden werden: „ἐὰν ἠνάγκασέ τίς τινα διοικῆσαι τὰ αὐτοῦ πράγματα" — „si quis aliquem compulit, ut negotia ejus gereret." Denn einmal kann ja Niemand zu einer n. g. genöthigt werden, ſodann aber wäre ja, wenn der Geſchäftsherr Jemand zu Beſorgung ſeiner Angelegenheiten angehalten hätte, hier von keiner n. g. mehr, ſondern von einem Auftrag (Mandat) die Rede.

§§. 424 u. 425. S. 376—379.

Was der Verfaſſer S. 376 u. 377. über den Unterſchied der a. n. g. directa und contraria bemerkt, hat Theophilus in ſeiner Paraphraſe

L. III. tit. 27. §. 1. (Ed. *Reitz*, Tom. II. p. 707.)

kürzer und bündiger ſo ausgedrückt:

„Ἐάν τις τοίνυν, ἀπόντος μου, τὰ ἐμὰ διοικήσῃ πράγματα, ἑκατέρωθεν μεταξὺ ἡμῶν τίκτονται ἀγωγαί· καὶ ἐμοὶ μὲν τῷ δεσπότῃ τῶν πραγμάτων δίδοται ἀγωγὴ ἡ directa negotiorum gestorum, τῷ δὲ διοικήσαντι ἡ contraria."	„Si quis ergo, absente me, res meas administraverit, utrimque inter nos nascuntur actiones: et *mihi* quidem *rerum domino actio directa* datur, *negotiorum gestorum*, *administratori* autem *contraria*."

Für das dem n. g. zuſtehende Retentionsrecht ſpricht übrigens bloß das vom Verfaſſer in der Anmerk. 48. S. 377. angeführte Papinians

Fr. 1. pr. D. quib. mod. pign. vel hyp. solv. (20, 6.)

„Debitoris absentis amicus negotia gessit, et pignora citra emtionem pecunia sua liberavit: jus pristinum

domino restitutum videtur. Igitur, qui negotium gessit, utilem Servianam dari sibi non recte desiderabit, si tamen possideat exceptione doli defenditur." — denn hier drückt es ja Papinian auf's Beſtimmteſte aus, daß durch die von dem n. g. des Schuldners geleiſtete Zahlung die verpfändete Sache von der darauf haftenden Pfandbeſchwerde befreit werde. Aus dieſem Vorderſatz folgert er nun ganz richtig weiter, daß ſomit das frühere Pfandrecht auf den n. g. nicht übergehe, und ihm ſomit auch nicht eine dingliche, nehmlich die hypothekariſche Klage zuſtehe, bemerkt aber ſodann weiter, daß, wenn der n. g. ſich im Beſitze der verpfändeten Sache befinde, ihm die exceptio doli zuſtehe. Dieſe exceptio doli aber kann doch wohl keine andere Wirkung als die haben, daß der n. g., wenn er auf Herausgabe der in ſeinem Beſitz befindlichen früher verpfändeten Sache belangt wird, — die Herausgabe bis zur erfolgten Befriedigung verweigern kann, woraus alſo ein wirkliches Retentionsrecht des n. g. von ſelbſt folgt. Was ſodann der Verfaſſer S. 377 u. 378. von der dem n. g. zuſtehenden Compenſation anführt, ſo verdienen vorerſt die von ihm dießfalls angeführten Stellen eine Berückſichtigung, nehmlich

a) die Stellen Ulpians

Fr. 8. §. 2. D. h. t.

„Si quocunque modo ratio compensationis habita non est a judice, potest contrario judicio agi. Quod si post examinationem reprobatae fuerint pensationes: verius est, quasi re judicata, amplius agi contrario judicio non posse, quia exceptio rei judicatae opponenda est." — ſodann

b) ebendeſſelben

Fr. 7. §. 1. D. de compens. (16, 2.)

„Si rationem compensationis judex non habuerit, salva manet petitio, nec enim rei judicatae exceptio objici potest, aliud dicam, si reprobavit pensationem, quasi non existente debito, tunc enim rei judicatae mihi nocebit exceptio." — Man ſieht nehmlich aus dieſen beiden Stellen, daß der n. g. dem Geſchäftsherrn die Compenſation (inſoferne nehmlich die Bedingungen derſel-

ben, wovon bey dem 2. Titel des 16. Buchs das Nähere, überhaupt vorhanden iſt), entgegenſetzen kann, daß ihm aber, wenn er dieß nicht gethan, immer noch die a. n. g. contraria zuſtehe, und daß ihm dieſe ſelbſt dann unbenommen bleibe, wenn er zwar die Compenſation geltend gemacht, der Richter aber dieſes Vorbringen gar nicht beachtet, daß aber, wenn der Richter dieſes Vorbringen beachtet, ihn aber mit demſelben abgewieſen hat, ihm die exceptio rei judicatae entgegenſtehe, wenn er nachher noch mit der a. n. g. contraria auftreten wollte. Daß nun aber die actiones n. g., nehmlich die d. u. c. bloße perſönliche Klagen ſeyen, enthält der Imperatoren Diocletian und Maximian

Const. 23. C. h. t. (2, 19.)

„Negotiis gestis, non in rem, sed in personam est actio" — ganz deutlich, und merkwürdig iſt hier die Faſſung der Baſilicen

L. XVII. tit. 1. Fr. 23. (Ed. *Fabr.* Tom. II. p. 338.)

„Κατὰ τοῦ πράγματα διοικοῦντος ἀλλότρια οἱῳδήποτε λόγῳ, οὐχ ἡ ἐνδικοῦσα ἴδια πράγματα ἁρμόζει ἀγωγή, ἀλλὰ προσωπική. πᾶσαι γὰρ αἱ ἀπὸ διοικήσεως τικτόμεναι ἀγωγαὶ, τέσσαρες μὲν εἰσι κατὰ τάξιν· ἡ περὶ ἐντολῆς, ἡ κατ᾽ ἐπιτρόπων, ἡ περὶ διοικήσεως ἀλλοτρίων πραγμάτων, ἡ περὶ πραγμάτων διοικηθέντων πρὸ τῆς ἐπιτροπῆς· πᾶσαι δὲ αὗται προσωπικαί εἰσι, καὶ οὐδεμία αὐτῶν ὑπὸ τὴν ἐνδικοῦσαν ἴδια πράγματα ἀναφέρεται."	„Adversus eum qui quacumque ratione rem alienam administrat, non in rem, sed in personam est actio, omnes enim actiones, quae sunt ex negotio gesto, quatuor sunt, mandati, tutelae, negotiorum gestorum, et pro tutelae: hae autem omnes personales sunt, et nulla earum in actionem in rem venit."

Wenn aber der Verfaſſer am Schluſſe unſers §., und zwar auf die Auctorität von Schmid (dem Sohn) behauptet, daß dem n. g. wenigſtens eine actio in factum gegen denjenigen zuſtehe, welcher diejenige Sache, auf welche der n. g. etwas verwendet habe, z. B. ein Gebäude, welches der n. g. ausbeſſern ließ, von dem Geſchäftsherrn als Vermächtniß oder Geſchenk erhalten habe, ſo weiß ich ihm hierin nicht beizuſtimmen, denn die a. n. g. überſchreitet den Kreis,

in welchen ſie zwiſchen dem n. g. und dem Geſchäftsherrn gebannt iſt, nicht. Eine actio in factum aber würde ſich wohl gar nicht rechtfertigen, wie bey der Erörterung über die actiones in factum gezeigt werden wird.

§. 426. S. 379—385.

Zu 1) S. 379. bitte ich die Bemerkungen oben S. 19 u. 20.

Zu a) die, S. 18 u. 19.

Zu b) S. 380. die, S. 15—18.

Zu c) die, S. 38—41, ſodann

Zu S. 380—382. die, S. 31—33. zu vergleichen.

Zu 2) S. 383—384. aber habe ich Folgendes zu bemerken, die Stelle des Paulus, welche der Verfaſſer anführt, nehmlich das

Fr. 34. D. h. t.

lautet alſo: „Nesennius Apollinaris Julio Paulo salutem: Avia nepotis sui negotia gessit: defunctis utrisque, aviae haeredes conveniebantur a nepotis haeredibus negotiorum gestorum actione: reputabant haeredes aviae alimenta praestita nepoti. Respondebatur, aviam jure pietatis de suo praestitisse: nec enim aut desiderasse, ut decernerentur alimenta, aut decreta essent, praeterea constitutum esse dicebatur, ut si mater aluisset, non posset alimenta, quae pietate cogente de suo praestitisset, repetere. Ex contrario dicebatur, tunc hoc recte dici, ut de suo aluisse mater probaretur: at in proposito aviam, quae negotia administrabat, verisimile esse de re ipsius nepotis eum aluisse. Tractatum est, numquid utroque patrimonio erogata videantur? quaero quid tibi justius videatur? Respondi: haec disceptatio in factum constitit. Nam et illud, quod in matre constitutum est, non puto ita perpetuo observandum. Quid enim, si etiam protestata est, *se filium ideo alere, ut aut ipsum, aut tutores ejus conveniret?* pone peregre patrem ejus obiisse: et matrem, dum in patriam revertitur, tam filium, quam familiam ejus exhibuisse, in qua specie etiam in ipsum pupillum negotiorum gestorum dandam actionem Divus Pius Antoninus constituit. Igitur in re facti facilius putabo aviam, vel haeredes ejus audiendos, si reputare velint alimenta: maxime si etiam in ratio-

nem impenſarum ea retuliſſe aviam apparebit. Illud nequaquam admittendum puto, ut de utroque patrimonio erogata videantur.“ — Merkwürdig iſt die Art, wie ſie die Baſiliken

L. XVII. tit. 1. Fr. 34. (Ed. *Fabr.* Tom. II. p. 317 u. 318.)

geben:

„Μάμμη διοικοῦσα τὰ τοῦ ἐγγόνου πράγματα, καλῶς λογίζεται τὰ εἰς ἀποτροφὴν αὐτοῦ δαπανηθέντα· ὡς μὴ κατὰ πρόλειψιν δὶ ἐυσέβειεν αὐτὰ χορηγήσασα. μάλιστα εἰ κατέγραψεν αὐτὰ ἐν τῷ λόγῳ τῆς δαπάνης. ἡ δὲ μήτηρ, ὅτι ἐυσεβῶς δαπανᾷν εἰς τὸν ὑιὸν προείληπται, εἰ μή τὸ ἐναντίον διαμαρτύρηται. εἰ δὲ τοῦ πατρὸς ἐπὶ ξένης ἀποθανόντος, ἀποθρέψει τὸν ὑιὸν, καὶ τὴν αὐτοῦ Φαμιλίαν, ἀποστρέΦουσα εἰς τὴν πατρίδα, τὴν περὶ διοικήσεως ἀγωγὴν ἕξει κατὰ τοῦ ἀνήβου.“

„Avia, quae nepotis sui negotia geſſit, recte reputat impendia, quae fecit in alimenta nepotis: quaſi non praesumatur ea jure pietatis praestitiſſe; maxime si in rationem impenſarum ea retulit. Mater autem praesumitur pietatis causa ſilio alimenta erogaſſe, niſi contrarium proteſtata sit. Si vero patre peregre mortuo, tam ſilium, quam ſamiliam ejus exhibuerit, dum in patriam revertitur, cum pupillo negotiorum geſtorum actione experietur.“

Dieſe Stellen unterſcheiden nehmlich ganz beſtimmt zwiſchen der Mutter und Großmutter hinſichtlich der Alimente. Hat nehmlich die Mutter ihrem eigenen Kinde Alimente gereicht, ſo kann ſie, weil man annimmt, daß dieß aus mütterlicher Liebe geſchehen ſey, mittelſt der actio neg. gest. keinen Erſatz anſprechen, und nur ausnahmsweiſe ſteht ihr die gedachte Klage auf Erſatz zu, wenn ſie gleich anfänglich erklärt hat, daß ſie dereinſt hiefür Erſatz von dem abweſenden Vater, beziehungsweiſe den Vormündern ihres Kindes, fordern werde. Bey der Großmutter dagegen findet eine ſolche Vermuthung nicht Statt, und der animus pietatis müßte daher gegen ſie erwieſen werden. Damit ſteht auch des Imperators Alexander

C. 11. C. h. t. (2, 19.)

keineswegs im Widerſpruch: „Alimenta quidem, quae filiis tuis praestitiſti, tibi reddi non justa ratione postu-

las: cum id exigente materna pietate feceris. Si quid autem in rebus eorum utiliter et probabili more impendisti: si non et hoc materna liberalitate, sed recipiendi animo fecisse te ostenderis: id negotiorum gestorum actione consequi potes." — denn dieſe Conſtitution hatte nur die Regel, nehmlich die Fälle, in welchen die Mutter keine entgegengeſetzte Erklärung, nehmlich daß ſie die Alimente nicht animo pietatis gereicht habe, im Auge, und dieß dehnt des Imperators Gordian

C. 15. C. h. t. (2, 19.)

„Si paterno affectu privignas tuas aluisti, seu mercedes pro his aliquas magistris expendisti: ejus erogationis tibi nulla repetitio est. Quod si, ut repetiturus ea, quae in sumptum misisti, aliquid erogasti: negotiorum gestorum tibi intentanda est actio" — auch auf Stiefkinder aus. Will man nun dieſe Einzelnheiten auf allgemeine Sätze, wie vom Verfaſſer ſchon verſucht worden, zurückführen, ſo möchten es folgende ſeyn:

1) Derjenige, welcher nicht in der Abſicht, den Geſchäftsherrn verbindlich zu machen (donandi seu pietatis animo), die Geſchäfte eines Andern beſorgt hat, kann die a. n. g. contraria nicht anſtellen.

2) Eine ſolche Abſicht wird jedoch in der Regel nicht vermuthet, ſondern muß von dem Beklagten erwieſen werden.

3) Eine Ausnahme von dieſer Regel findet jedoch Statt, wenn die nächſten leiblichen oder Stief-Aſcendenten etwas auf die Ernährung ihrer nächſten leiblichen oder Stief-Deſcendenten verwendet haben, inſofern ſolche nehmlich überhaupt nicht ſchon rechtlich verbunden ſind, ſolche zu ernähren, denn dieſe haben im Streitfall den Beweis, daß dieß nicht animo pietatis oder donandi geſchehen ſey, zu führen. Daß aber

zu 3) S. 384 u. 385. derjenige, welcher rechtlich verbunden war, einen Aufwand für Andere zu machen, dieſen nicht zurückfordern kann, liegt in der That ſchon in der Natur der Sache, und nur als eine Anwendung dieſes Satzes iſt des Imperators Alexander

Const. 13. C. h. t. (2, 19.)

„Quod in uxorem tuam aegram erogasti, non a socero repetere, sed affectioni tuae debes expendere. In funus

sane ejus, si quid eo nomine quasi recepturus erogasti, patrem, ad quem dos rediit, jure convenis.“ — anzuſehen.

Tit. 6.
De calumniatoribus.

§§. 427—430. S. 386—391.

Vor allen Dingen ſollten wir nun genau den Begriff, welchen die Römer mit den Worten „calumnia“ und „calumniator“ verbanden, anzugeben wiſſen. — Allein von der calumnia haben wir keine ganz beſtimmte Definition, und von calumniator gibt uns Paulus

Sent. Rec. I, 5, 1.

folgende: Calumniosus est, qui sciens prudensque per fraudem negotium alicui comparat.“ — Etwas deutlicher iſt jedoch die des Gajus

Fr. 233. D. de V. S. (50, 16.)

„Si calvitur et moretur et frustretur. Inde et calumniatores appellati sunt, quia per fraudem et frustrationem alios vexarent litibus. Inde et cavillatio dicta est.“ — Unter cavillatio verſtand man nach Feſtus

De V. S. ad h. v.

eine „jocosa calumniatio“, d. h. eine ſcherzhafte Neckerey. — Daß nun der Ausdruck „negotium comparare“ offenbar noch weiter gehe, als der „vexare litibus“, werde ich wohl nicht nachzuweiſen haben, und in der That ſcheint auch Gajus nur eine beſondere Art der calumnia im Auge gehabt zu haben, während Paulus ſich offenbar bemüht, die calumnia nach ihrem ganzen Umfange zu bezeichnen. In der That gibt es nehmlich zwey verſchiedene Arten der calumnia, und von einer der erſten, welche Gajus im Auge gehabt zu haben ſcheint, hatten wir früher und vor Auffindung des ächten Gajus ſehr unvollſtändige Nachrichten. Eine vollſtändigere finden wir in ſeinen Commentarien:

L. IV. §§. 174—181.

§. 174. „Actoris quoque calumnia coercetur modo calumniae judicio, modo contrario, modo jurejurando, modo restipulatione. §. 175. Et quidem calumniae judicium adversus omnes actiones locum habet, et est decimae partis *causae;* adversus interdicta autem quartae partis causae. §. 176. Liberum est illi, cum quo agitur, aut calumniae judicium opponere, aut jusjurandum exigere, non calumniae causa agere. §. 177. Contrarium autem judicium ex certis causis constituitur, velut si injuriarum agatur; et si cum muliere eo nomine agatur, quod dicatur ventris nomine in possessionem missa dolo malo ad alium possessionem transtulisse; et si quis eo nomine agat, quod dicat se a Praetore in possessionem missum ab alio quo admissum non esse. Sed adversus injuriarum quidem actionem decimae partis datur; adversus vero duas istas quintae. §. 178. Severior autem coercitio est per contrarium judicium: nam calumniae judicium x partis nemo damnatur, nisi qui intellegit, non recte se agere, sed vexandi adversarii gratia actionem instituit, potiusque ex judicis errore vel iniquitate victoriam sperat, quam ex causa veritatis; calumnia enim in adfectu est, sicut furti crimen. Contrario vero judicio omnimodo damnatur actor, si causam non tenuerit, licet alia opinione inductus crediderit, se recte agere. §. 179. Utique autem ex quibus causis contrario judicio agere potest, etiam calumniae judicium locum habet: sed alterutro tantum judicio agere permittitur. Qua ratione si jusjurandum de calumnia exactum fuerit, quemadmodum calumniae judicium non datur, ita et contrarium dari non debet. §. 180. Restipulationis quoque poena ex certis causis fieri solet: et quemadmodum contrario judicio omnimodo condemnatur actor, si causam non tenuerit, nec requiritur, an scierit, non recte se agere: ita etiam restipulationis poena omnimodo damnatur actor. §. 181. *** si ab actore *** restipulationis poena petatur, ei neque calumniae judicium opponitur, neque jusjurandi religio injungitur: nam contrarium judicium *in* his causis locum non habere palam est.“ — Die Lücke im §. 181. füllt

Heffter Gaji Instit. Comment. IVtus Berol. 1827. p. LXX.

mit „Sane si ab actore ea“

Huſchke Studien des Röm. Rechts I. Band, Breslau 1830. S. 335.

mit „Etiam si ab actore autem“ aus. — In der Verbindung des „etiam“ und „autem“, welch letzteres ohnehin ſehr im Schatten ſteht, aber liegt für mich etwas Gezwungenes, und ich ziehe die Heffter'ſche Anſicht vor. — Wir ſehen nehmlich hieraus, daß der Beklagte dem Kläger das judicium calumniae entgegenſetzen konnte, und daß dieſes judicium calumniae gegen alle Klagen gerichtet war. Dieſes judicium ſetzte jedoch, wie uns der §. 178. belehrt, als weſentliche Bedingung voraus, daß der Kläger wider ſeine eigene Ueberzeugung, oder wie man ſich im gemeinen Leben auszudrücken pflegt, gegen ſein beſſeres Wiſſen und Gewiſſen ſich in den Rechtsſtreit eingelaſſen hatte, denn darin unterſchied ſich ja gerade das judicium calumniae von dem judicium contrarium und der restipulatio. Unterlag der Kläger dem von dem Beklagten gegen ihn angeſtellten judicium calumniae, ſo mußte er nach §. 175. den zehnten Theil des Streitgegenſtandes, bei Interdikten den vierten herausgeben. Wir ſehen aber auch aus den §§. 176. und 179., daß ſchon das frühere Römiſche Proceßrecht ein juramentum de calumnia kannte, und hiemit ſtimmt auch die Lex Servilia repetundarum

Klenze Fragm. h. l. Berol. 1825. p. 25.

Haubold (Ed *Spangenberg*) Antiquit. Rom. Monumenta leg. Berol 1830. p. 37.

„seu dejuraverit calumniae causa“ Seneca Controv. III. 19.

„Calvus juravit, si quam injuriam Cato Pollioni Asinio accusatori fecisset, se in eum juraturum calumniam“ — überein, und daß, wenn einmal dieſes abgeſchworen war, das judicium calumniae nimmer Statt fand. Eine Spur dieſes judicium calumniae finden wir nun auch bey Aulus Gellius

Noct. Att. L. XIV. cap. 2.

wo das calumnia damnari offenbar nur aus dem judicium calumniae erklärt werden kann. Ferner finden wir in den

Cod. Hermogen. Tit. V. Const. 3.

folgende Conſtitution der Imperatoren **Diocletian** und **Maximian**, welche ſich auch in der

Consultatio vet. JCti cap. 6.

wörtlich findet, und alſo lautet: „Tibi magis, quam adversario, qui per calumniam petit contra quem supplicas, judicio tutelae convenit excipere actionem, ad quam respondere debes: quippe, si per calumniam hoc eum facere confidis, *remedio repromissionis initio postulatae*, calumniae decimae partis ejus, quod petit, tibi condemnari eum desiderare potes.“ — Dieſe Stelle handelt jedoch, wie aus den Worten von „remedio — postulatae“ hervorgeht, nicht eigentlich von dem judicium calumniae, ſondern vielmehr von der uns erſt durch **Gajus** bekannt gewordenen Reſtipulation. — Nun enthält aber der

§. 1. I. de poena temere litig. (4, 16)

folgende Stelle: „Item actoris quoque calumnia coërcetur: nam etiam actor pro calumnia jurare cogitur ex nostra constitutione (dieſe Conſtitution findet ſich nimmer vor. Die Const. 2. C. de jur. jur. propter calumn. [2, 59.] kann es nicht ſeyn, denn dieſe iſt erſt im J. 534, alſo nach den Inſtitutionen erſchienen). Utriusque enim partis advocati jusjurandum subeünt, quod alia nostra constitutione (Const. 14. §. 1. C. de judiciis 5, 1.) comprehensum est. Haec autem omnia pro veteris calumniae actione introducta sunt, quae in desuetudinem abiit, quia in partem decimam litis actorem mulctabat, quod nusquam factum esse invenimus; sed pro his introductum est praefatum jusjurandum — und hiezu iſt nun auch die Paraphraſe des **Theophilus** zu vergleichen

ad h. l. Ed. *Reitz* Tom. II. p. 907 und 908.

Τοῦτον δὲ τὸν ὅρκον ὁ ἡμέτερος ἐπενόησε βασιλεὺς ἐις τάξιν τῆς πάλαι κινουμένης καλουμνίας, ἥτις ὑπὸ τῆς ἀσυμνηθείας ἀνηρέθη. Εἰ γὰρ ἐκίνησα ἐγὼ κατά τινος οἵαν δήποτε ἀγωγὴν, εἶτα ἡττήθην καὶ εὑρέθην συκοφάντης, ἠδύνατο ὁ ρέος ἐπι-

Hoc autem jusjurandum Imperator noster introduxit in locum institutae olim calumniae *actionis*, quae per desuetudinem sublata est. Nam si ego adversus quem qualemcumque movissem actionem, posteaque

στραφεὶς κινῆσαι κατ' ἐμοῦ τὴν περὶ καλουμνίας ἀγωγὴν, ἔχουσαν τὴν καταδίκην εἰς τὸ δέκατον, ὧν ἐπέφερον αὐτῷ ἐγώ· οἷον, ἐκίνησα τὸν κονδικτίτιον, λόγου χάριν περὶ ρ' νομισμάτων, καὶ ἡττήθην· ἐκινεῖτο κατ' ἐμοῦ ἡ καλουμνίας εἰς ι' νομίσματα. Ἐπειδὴ οὖν αὕτη ἡ καλουμνίας οὐκ ἦν ἐν πολιτείᾳ, εἰς τάξιν αὐτῆς ἐπενοήθη ἡ δόσις τοῦ προειρημένου ὅρκου· καὶ τὸ τὸν ἀναίσχυντον λιτιγάτωρα ἀναγκάζεσθαι καταβάλλειν τῷ ἀντιδίκῳ τὰς δαπάνας, αἷς αὐτὸν περιέβαλε μάτην αὐτῷ δικασάμενος.“

victus et calumniator inventus fuissem, reus conversus poterat adversus me intendere actionem de calumnia, quae condemnationem habebat in decimam eorum *partem*, quae ego illum poposceram: veluti, condictione egi, verbi gratia de centum solidis, et victus sum; instituebatur adversus me calumniae *actio* in solidos decem. Quoniam igitur haec calumniae *actio* in usu non erat, in ejus locum praedicti jurisjurandi praestatio inventa est: et ut litigator impudens adversario cogatur impensas refundere, in quas eum conjecit temere cum illo litigans.“

Juſtinian ſagt hier nicht, wenn gleich Theophilus ihn irrig für den Erfinder des juramenti calumniae ausgibt, daß er erſt durch eine Conſtitution das judicium calumniae aufgehoben habe, ſondern er gibt vielmehr zu erkennen, daß er gerade deswegen, weil dieſes judicium calumniae nimmer in Uebung geweſen ſey, das juramentum calumniae angeordnet habe. Von dem judicium contrarium und von der restipulatio aber erwähnt er gar nichts, woraus jedoch nicht der Schluß zu ziehen iſt, daß dieſes neben dem juramentum calumniae fortbeſtanden habe, denn beide waren ja, wie uns ſchon Gajus berichtet, hiedurch ausgeſchloſſen. Beide ſchienen vielmehr ſchon zu Juſtinians Zeiten ſo ſehr in Vergeſſenheit gerathen zu ſeyn, daß Juſtinian ſie nicht einmal einer flüchtigen Bemerkung mehr würdigte. Die Conſtitution, welcher Juſtinian im Eingang unſers §. erwähnt, beſitzen wir nimmer, denn die

Const. 2. C. de jurej. (2, 59.)

kann es nicht ſeyn, weil dieſe ſich vom J. 534 datirt, die Inſtitutionen aber ſchon im J. 533 erſchienen ſind (vgl.

I. Bd. S. 61.); ſodann erwähnt ja Juſtinian in der gedachten Conſtitutian und in den Worten: „cum — concesserimus“, ſelbſt einer früheren, und es iſt daher mit Grund anzunehmen, daß dieſe Conſtitution zwar in dem ältern Codex — nicht aber in den zweyten und neuern „repetitae praelectionis“ aufgenommen wurde. Die zweite Conſtitution, deren Juſtinian in der vorliegenden Stelle erwähnt, aber iſt ohne Zweifel die vom J. 530 datirte

Const. 14. C. de judic. (3, 1.)

Noch enthalten die Novellen Juſtinians mehrere Beſtimmungen hinſichtlich des juramentum calumniae, welche ich aber füglich übergehen kann. Hier genügt es zu bemerken, daß das judicium — wie es Gajus, oder die actio calumniae — wie ſie Juſtinian nennt, durch das juramentum calumniae aufgehoben wurde. Von dieſem judicium oder actio calumniae handelt aber auch der vorliegende Titel gar nicht, ſondern wie wir aus Ulpians

Fr. 1. pr. D. h. t.

erſehen: „In eum, qui ut calumniae causa negotium faceret, vel non faceret, pecuniam accepisse dicetur: intra annum in quadruplum ejus pecuniae, quam accepisse dicetur: post annum simpli in factum actio competit“ — von einer ganz andern, welche dann Statt fand, wenn Jemand von einem Andern Geld oder Geldeswerth angenommen hatte, um einen Dritten mit einer heilloſen Anklage oder Rechtsſtreit zu chicaniren, oder von dem Andern ſelbſt, um ihn nicht auf die gedachte Weiſe zu chicaniren. Daß auch jede andere Gabe außer Geld dieſe Klage begründe, und daß es ganz einerley ſey, ob dieß dem calumniator ſelbſt oder einem Andern auf ſeinen Auftrag oder ſeine Genehmigung gegeben würde, ſagt Ulpian

Fr. 1. §. 4. D. h. t.

„Pecuniam autem accepisse dicemus, etiam si aliquid pro pecunia acceptum“ — und

Fr. 2. D. h. t.

„Quin etiam, si quis obligatione liberatus sit, potest videri cepisse. Idemque si gratuita pecunia utenda data sit, aut minoris locata venditave res sit, nec refert, ipse pecuniam acceperit, an alii dari jusserit,

vel acceptum suo nomine ratum habuerit.“ — Ob er das Geld erſt vor oder nach eingeleitetem Verfahren erhalten hatte, war gleichviel, nach Ulpian

Fr. 1. §. 2. D. h. t.

„Qui autem accepit pecuniam, sive ante judicium, sive post judicium acceptum, tenetur.“ — Dieſe Klage konnte nach Ulpian oben S. 77. abgedruckten

Fr. 1. pr. D. h. t.

innerhalb eines Jahrs auf den vierfachen Betrag deſſen, was der calumniator erhalten hatte, angeſtellt werden. — Wie dieſes Jahr zu berechnen ſey, davon Gajus

Fr. 6. D. h. t.

„Annus autem in personam quidem ejus, qui dedit pecuniam, ne secum ageretur, ex eo tempore cedit, ex quo dedit: si modo potestas ei fieret experiundi. In illius vero personam, cum quo ut agatur, alius pecuniam dedit dubitari potest, utrum ex die datae pecuniae numerari debeat, an potius, ex quo cognovit datam esse: quia, qui nescit, is videtur experiundi potestatem non habere, et verius est, ex eo annum numerari, ex quo cognovit.“

Hatte nehmlich der Kläger ſelbſt dem calumniator Geld gegeben, um nicht chicanirt zu werden, ſo fieng es von dieſer Zeit an zu laufen. Hatte aber ein Dritter dem calumniator Geld gegeben, um den Kläger zu chicaniren, ſo fieng das Jahr nur von dem Zeitpunkte zu laufen an, an welchem der Kläger erfahren hatte, daß der Dritte zu dieſem Behuf Geld gegeben habe; nach Verfluß des Jahrs aber fand nimmer die actio calumniae, ſondern bloß eine actio in factum, und zwar bloß auf den einfachen Betrag Statt. Die actio simpli in factum fand jedoch da nicht Statt, wenn die condictio ob turpem causam angeſtellt werden konnte, wie dann auch die in quadruplum, wenn der Calumniat den einfachen Erſatz mittelſt der gedachten Condiction erhalten hatte, und umgekehrt die condictio durch die actio calumniae erloſchen iſt, nach Ulpian

Fr. 5. §. 1. D. h. t.

„Quare si fuerit condictum, utrum tollitur haec actio, an vero in triplum danda sit? an exemplo furis et in quadruplum actionem damus, et condictionem? Sed puto sufficere alterutram actionem. Ubi autem con-

dictio competit, ibi non est necesse post annum dare in factum actionem.“ — Und

Fr. 3. §. 3. D. h. t.

„Illud erit notandum, quod, qui dedit pecuniam, ut negotium quis pateretur, non habebit ipse repetitionem: turpiter enim fecit: sed ei dabitur petitio, propter quem datum est, ut calumnia ei fiat. Quare si quis et à te pecuniam accipit, ut mihi negotium faceret: et à me, ne mihi faceret: duobus judiciis mihi tenebitur.“ — Was nun die Erben des Calumniaten betrifft, ſo ſagt uns Gajus

Fr. 4. D. h. t.

Folgendes: „Haec actio haeredi quidem non competit: quia sufficere ei debet, quod eam pecuniam, quam defunctus dedit, repetere potest.“ — Dieſe Klage können alſo die Erben des Calumniaten gar nie anſtellen, ſondern ihnen ſteht nur die condictio ob turpem causam, in ſo fern nehmlich dieſe an ſich zuläſſig iſt, zu. Gegen die Erben des Calumnianten findet ſie in ſo weit Statt, als ſie durch einen ſolchen Empfang bereichert worden ſind, nach Ulpian

Fr. 5. pr. D. h. t.

„In haeredem autem competit in id, quod ad eum pervenit, nam est constitutum, *turpia lucra haeredibus quoque extorqueri, licet crimina extinguantur*, ut puta ob falsum, vel judici ob gratiosam sententiam datum, et haeredi extorquebitur: et si quid aliud scelere quaesitum.“ — Ferner ſpricht ſich Ulpian

Fr. 1. §. 1. D. h. t.

„Hoc autem judicium non solum in pecuniariis causis, sed et ad publica crimina pertinere Pomponius scribit: maxime cum et lege Repetundarum teneatur, qui ob negotium faciendum, aut non faciendum, per calumniam pecuniam accepit“, ganz beſtimmt darüber aus, daß die actio calumniae nicht bloß dann, wenn Jemand durch einen Civilprozeß, ſondern auch dann, wenn er durch eine peinliche Anklage chicanirt werden ſollte, und daß ſie namentlich auch dann Statt fand, wenn Jemand in die Lex Julia repetundarum verfallen ſey, was nach Marcian

Fr. 1. pr. D. de lege Julia repet. (48, 11.)

nur bey öffentlichen Beamten der Fall ſeyn konnte. Doch muß ich bemerken, daß wenn, wie Macer bemerkt

Fr. 7. §. 3. D. ej. tit.

„Hodie ex lege repetundarum extra ordinem puniuntur, et plerumque vel exilio puniuntur, vel etiam durius, prout admiserint. Quid enim, si ob hominem necandum pecuniam acceperint? vel licet non acceperint, calore tamen inducti interfecerint vel innocentem, vel quem punire non debuerant? capite plecti debent, vel certe in insulam deportari, ut plerique puniti sunt“ — eine öffentliche Strafe gegen den Beamten, welcher ſich eines ſolchen Vergehens ſchuldig machte, erfolgte, von dieſer Privat-Strafklage keine Rede mehr ſeyn könnte; wie dann auch die Baſiliken

L. LX. tit. 1. fr. 1. §. 1. (Ed. *Fabr.* Tom. VII. p. 1.)

dieſe Stelle richtig ſo geben:

„Χώρα δὲ τῇ ἀγωγῇ ἐπὶ χρηματικῶν, καὶ ἐγκληματικῶν αἰτιῶν. ὑπόκειται δὲ καὶ τῷ νόμῳ κατὰ ἀρχόντων, ἢ δικαστῶν, ἢ συνέδρων ἐν δίκῃ κεκλοφότων.“	„Cui actioni locus est in pecuniariis et criminalibus causis. Tenetur etiam ea lege, qua magistratus, et judices, et adsessores, qui quid in lite subripuerunt, coërcentur.

Dasjenige aber, was Jemand in der Abſicht, ſich zu vergleichen, und nicht bloß in der um einem Rechtsſtreit vorzubeugen, gegeben hat, fällt nicht unter die Kategorie der „calumniae causa datorum“ — nach Ulpian

Fr. 1. §. 3. D. h. t.

„Nam tractari potest, si adversarius non per calumniam transigendi animo accepit, an constitutio cessat.“ — Natürlich aber kann darüber, ob etwas calumniae oder transactionis causa gegeben worden, nur nach den beſondern Verhältniſſen jedes einzelnen Falles entſchieden werden. Ob nun die actio calumniae jetzt noch Statt finde? iſt eine Frage, über welche ſich da, wo die beſondern Landesgeſetze nichts verordnen, ungemein viel ſtreiten läßt. Einen Grund aber, warum in einem Lande, wo nicht die Privat-Strafklagen aufgehoben ſind, dieſe Klage nimmer Statt finden ſollte? ſehe ich nicht ein.

Der

Viertes Buch.

Tit. 1.

De in integrum restitutionibus.

§§. 431—443. S. 392—468.

Der von dem Verfaſſer in der Anmerk. 1. angeführten Litteratur habe ich noch folgende beyzufügen. Des Verfaſſers Schrift

De vita petendae restitutionis in integrum. Halae 1776. (auch in deſſen Opusc. jurid. Fasc. II. p. 239—500. u. Fasc. IV. p. 1—95.)

Klien, über das Weſen und die heutige Anwendbarkeit der prätoriſchen Reſtitutionen, insonderheit der Wiedereinſetzung wegen erlittenen Zwangs und daraus entſtandener Furcht (im Archiv für die civiliſtiſche Praxis, I. Bd. Heidelberg 1818. S. 207—230).

v. Löhr, Einiges zur Lehre von der Klagenverjährung. §. 10. (im civiliſtiſchen Archiv, X. Bd. Heidelb. 1827. S. 86—89).

Zimmern, de judicio quod vocant rescindente ac rescissorio Disput. Jenae 1826. — und hiezu Huſchke in der kritiſchen Zeitſchrift für Rechtswiſſenſchaft, II. Bd. Tübingen 1827. S. 163—169.

Ebenderſelbe in ſeiner Geſchichte des Römiſchen Privatrechts, III. Bd. Heidelb. 1829. §§. 101—107. S. 314—325.

Franke, Beiträge zur Erläuterung einzelner Rechtsmaterien, I. Abth. Göttingen 1828. S. 64—94.

Burchardi, die Lehre von der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand, Gött. 1831, und hiezu Blume in den göttingiſchen gelehrten Anzeigen, Jahrg. 1831. S. 1769—1780.

v. Schröter, über Weſen und Umfang der in integrum restitutio (in der Zeitſchrift für Civilrecht und Proceß, VI. Bd. Gießen 1832. S. 91—175).

Schneider, die allgemein ſubſidiären Klagen des Römiſchen Rechts. Roſtock 1834. S. 215—417.

Vorerſt kann es nun keinem Zweifel unterliegen, daß unſer Titel eine allgemeine Einleitung in die Lehre von der Reſtitution enthalten ſollte. Allein als allgemeine Einleitung hat er keinen großen Werth, denn man ſieht deutlich, daß er, ſtatt allgemeine Grundſätze über Reſtitution zu enthalten, immer wieder auf die Reſtitution der Minderjähri-

gen zurückkommt. Namentlich aber gibt er nicht einmal eine umfaſſende Erklärung desjenigen, was man ſich eigentlich unter der restitutio in integrum zu denken habe? Auch möchte es wirklich ſehr ſchwer ſeyn, eine ganz befriedigende Erklärung von demjenigen, was man jetzt „in integrum restitutio“ nennt, und was die frühere Römiſche Jurisprudenz „integri restitutio“ nach Paulus

Fr. 34. §. 1. D. de min. XXV. annis. (4, 4.)
Rec. Sent. L. I. tit. 7. §. 1.

und der Imperatoren Diocletian und Maximian in den

Fragm. Vatic. §. 282.

vorkommenden Conſtitution derſelben nannte, während die ſpätere Jurisprudenz ſie „in integrum restitutio“ und „restitutio in integrum“ nennt. Auch iſt die Erklärung des Paulus in

Rec. sent. L. I. tit. 7. §. 1.

„Integri restitutio est redintegrandae rei vel causae actio“ — in der That eben nicht ſehr befriedigend, namentlich aber iſt hier das Wort „actio“ ſehr anſtößig, man nehme es dann anders in dem ganz allgemeinen Sinne des Celſus

Fr. 51. D. de O. et A. (44, 7.)

und

pr. I. de act. (4, 6.)

„Actio autem nihil aliud est, quam jus persequendi judicio, quod sibi debetur“ — das aber iſt richtig, daß alles dasjenige, was die ſpätere Römiſche Jurisprudenz als beſondere Arten der Reſtitution anſahe, wenigſtens theilweiſe das allgemeine Merkmahl an ſich trage, daß etwas, was nun einmal in der Rechtswelt vorhanden oder geſchehen iſt, aus derſelben durch die Reſtitution verſchwindet, alſo ungeſchehen gemacht, und dadurch der vorige Zuſtand, welcher vor dem jetzt wieder verſchwundenen Ereigniß Statt hatte, wieder hergeſtellt wird. Ob ganz oder theilweiſe? darauf kann es hier nicht, ſondern erſt bey den verſchiedenen Reſtitutions Arten ankommen. Dieſe Rückſicht und dieſes Merkmal, welches Paulus durch ſein „Redintegrare“ andeutet, mochte ihn auch wohl zu dem in ſeinen

Sent. Recept. L. I. tit. 7. §. 2.

enthaltenen Satze bewogen haben: „Integri restitutionem Praetor tribuit ex his causis, quae per metum, dolum

et status permutationem, et justum errorem, et absentiam necessariam et infirmitatem aetatis gesta esse dicuntur.“ — Denn hier hat Paulus den Begriff und den Namen der Reſtitution auf alles dasjenige ausgedehnt, was jenes gemeinſame Merkmal an ſich trägt. — Allein ich geſtehe aufrichtig, daß Paulus, welchen ich für den Erfinder dieſes Generalſatzes halte, und deſſen Syſtem und Plan auch die Digeſten-Sammler gefolgt ſind, wie ſich aus der Folge der Titel unſers Buchs ergibt, hier etwas gethan hat, was gerade der Deutlichkeit und dem Syſtematiſchen des Vortrags geſchadet hat, denn Paulus hat hier offenbar überſehen, daß der Stoff, den er unter den allgemeinen Begriff von der restitutio in integrum zuſammenfaßte, aus ganz verſchiedenen Elementen beſtand, welche auch nur dieſes einzige Merkmal gemein hatten, im Uebrigen aber himmelweit von einander verſchieden waren. Auch drücken ſich, abgeſehen von der Frage: ob die verſchiedenen Edicte nicht von ganz verſchiedenen Prätoren herrühren? dieſe Edicte ganz verſchieden aus. So ſagt das Prätoriſche Edict „quod metus causa“ nach Ulpian

Fr. 1. D. quod metus causa. (4, 2.)

„quod metus causa gestum erit, *ratum non habebo*“ — daſſelbe „de dolo malo“ nach Ulpian

Fr. 1. §. 1. D. de dolo malo. (4, 3.)

„Quae dolo malo facta esse dicentur, si de his rebus alia actio non erit, et justa causa esse videbitur, *judicium dabo*“ — das „de minoribus XXV. annis“ nach Ulpian

Fr. 1. §. 1. D. de min. XXV. annis. (4, 4.)

„Quod cum minore quam XXV. annis natu gestum esse dicetur, uti quaeque res erit, *animadvertam*“ — das „de capite minutis“ nach Ulpian

Fr. 2. §. 1. D. de cap. minut. (4, 5.)

„Qui quaeve, posteaquam quid cum his actum, contractumve sit, capite diminuti, diminutae esse dicentur: in eos, easve perinde, quasi id factum non sit: *judicium dabo*“ — und erſt das „ex quibus causis majores“ enthält nach Ulpian

Fr. 1. §. 1. D. ex quib. causis. (4, 6.)

„Si cujus quid de bonis, cum is metu, aut sine dolo malo reipublicae causa abesset, inve vinculis, servitute, hostiumque potestate esset: sive cujus actionis eorum cui dies exisse dicetur. Item si quis quid usu suum fecisset, aut, quod non utendo amisit, consecutus, actione qua solutus ob id, quod dies ejus exierit, cum absens non defenderetur, inve vinculis esset, secumve agendi potestatem non faceret, aut cum eum invitum in jus vocari, non liceret, neque defenderetur: cumve magistratus de ea re appellatus esset, sive cui pro magistratu sine dolo ipsius, actio exempta esse dicetur: earum rerum actionem intra annum, quo primum de ea re experiundi potestas erit. Item si qua alia mihi justa causa esse videbitur, *in integrum restituam*: quod ejus per leges, plebiscita, senatusconsulta, edicta, decreta principum, licebit“ — den Ausdruck „in integrum restituam“, welcher hier gerade, wie ich bey dem gedachten Titel zeigen werde, ganz am rechten Orte iſt. Merkwürdig aber iſt, daß in einem andern Edicte, welches wir freilich erſt aus verſchiedenen Fragmenten zuſammenſuchen müſſen, die restitutio in integrum der actio oder dem judicium doli gerade entgegengeſetzt wird. Dieſes Edict findet ſich nun bey Ulpian

Fr. 1. §. 1. D. quod falso tut. (27, 6.)

„Quod eo auctore, qui tutor non fuerit“ (daß hier cum pupillo gestum erit hineingehört, verſteht ſich wohl von ſelbſt).

Fr. 1. §. 6. D. ej. tit.

„Si id actor ignoravit, dabo in integrum restitutionem“

Fr. 7. pr. D. ej. tit.

„In eum, qui cum tutor non esset, dolo malo auctor factus esse dicetur, judicium dabo: ut, quanti ea res erit, tantam pecuniam condemnetur.“ — Man ſieht ſchon hieraus, daß die Prätoren auch ſchon eine in integrum restitutio kannten, dieſe aber gerade auf diejenigen Fälle beſchränkten, in welchen die Wiederherſtellung eines gewiſſen Rechtszuſtandes möglich war. Doch hat trotz dieſem Generaliſiren und Syſtematiſiren, für deſſen Urheber ich, wie ſchon bemerkt, den Paulus halte, das Römiſche

Recht diejenigen ſo ſehr verſchiedenartigen Elemente, welche, um ſie bearbeiten zu können, auch von den Digeſten-Samm-lern unter einen allgemeinen Begriff zuſammengeſtellt wur-den, immer noch von einander getrennt behandelt, und ſie, jenes allgemeine Merkmal ausgenommen, nicht generali-ſirt, ſondern jedes einzelne nach ſeinen verſchiedenen Bezie-hungen und Folgen als ſelbſtſtändiges Rechtsinſtitut aufge-führt. Allein für die ſpätere Bearbeitung des Römiſchen Rechts hatte dieſe Sache traurige Folgen, und ich finde es ganz richtig, was

Franke in ſeinen Beiträgen zu Erläuterung einzelner Rechts-materien, I. Abth. Göttingen 1828. S. 65—68.

ſagt: „Einen ſehr nachtheiligen Einfluß auf die Behand-lung unſerer Lehre hatte aber von jeher das leidige Genera-liſiren, indem man allenthalben Sätze, die nur für eine be-ſondere Reſtitution wahr ſind, als allgemeine Regeln für alle Reſtitutionen aufſtellte. Die verſchiedenen Reſtitutio-nen haben nichts weiter mit einander gemein, als daß ſie prätoriſche Rechtsmittel ſind zur Hülfe gegen einen nach Grundſätzen des Civilrechts eingetretenen unbilligen Rechts-zuſtand; und nur, was aus der Natur der prätoriſchen Rechtsmittel folgt, iſt allen gemeinſam. So aber ſtößt man häufig auf allgemeine Unterſuchungen, ob die Reſti-tutionen perſönliche Rechtsmittel ſind, oder gegen jeden Dritten gebraucht werden können, während dieſes bey jedem einzelnen Reſtitutions-Grunde anders iſt, da der dolus zum Beiſpiel im ganzen Römiſchen Rechte keine Hülfe gewährt als gegen den Betrüger ſelbſt, da Dritte unter dieſem dolus, weil er ſtets verſteckt geſchehen wird, nicht leiden können; während dagegen der Zwang ſtets auch gegen Dritte Rechtsmittel geben kann, da der Prätor durch die allgemeine Beſtimmung: „quod metus causa gestum erit, *ratum non habebo*“, eine durchgreifende Reſciſſion eines jeden erzwungenen Rechtsactes in allen ſeinen Beziehungen verſprochen hatte. So z. B. hat freilich, wer gezwungen eine Erbſchaft antrat, gegen Jeden, der ihn als Erben in Anſpruch nimmt, ſeine exceptio metus, wer aber durch Betrug dazu inducirt wurde, hat entweder gegen den Be-trüger allein ſeine doli exceptio, oder gegen denſelben eine actio de dolo auf Schadens-Erſatz. Auch das kann nicht

einmal als allen Reſtitutionen gemeinſam aufgeführt werden, daß dadurch eine wirkliche Wiederherſtellung des früher beſtandenen factiſchen Zuſtandes herbeygeführt werden ſolle: denn die Reſtitution wegen dolus war niemals im Römiſchen Rechte darauf gerichtet, ſondern auf Schadens-Erſatz. Und außer der actio de dolo, welche gerade für alle Fälle eingeführt wurde, in denen nach Civilrecht der Betrug ungeſtraft blieb, kann es keine Reſtitution wegen dolus gegeben haben, da die actio de dolo als ſubſidiariſches Rechtsmittel dann nur Statt findet, wenn auch keine andere Reſtitution möglich iſt. Dieß zeigen auch die Pandecten. In L. 1. D. de in integr. rest. (4, 1.) wird der dolus mit unter den Gründen aufgezählt, aus welchen der Prätor eine Reſtitution eingeführt habe, und da nun in den folgenden Titeln dieſes 4. Buchs dieſe einzelnen Reſtitutions-Gründe beſonders erörtert werden, ſo findet ſich im 3. Titel als Reſtitution wegen dolus gerade die actio de dolo abgehandelt. Und ebenſo iſt dieſe Lehre auch in Paulus Sententiae receptae L. I. tit. 7—9. dargeſtellt. — Zu den ſicher verwerflichen Generaliſirungen gehört ferner die noch jetzt hin und wieder ausgeſprochene Behauptung, daß die Reſtitutionen ſubſidiariſche Rechtsmittel ſeyen, was allgemein nur für die actio de dolo wahr iſt; während die Stellen, auf welche man ſonſt ſich beruft, nur ſagen, es müſſe wirklich ein rechtlicher Nachtheil eingetreten ſeyn, damit eine Reſtitution denkbar ſey, weßhalb da, wo ein Rechtsgeſchäft ſo nichtig iſt, daß eine Klage daraus nach Civilrecht gar nicht entſtehen kann, auch keine Reſtitution vorkommen könne. Freilich hat man denn wieder von dieſer Regel gerade ſo viele Ausnahmen zugelaſſen, daß von derſelben nur der Satz übrig bleibt, daß die actio de dolo ſubſidiariſch iſt. — Ebenfalls iſt aber dahin noch der Satz zu zählen, daß Kinder gegen ihre Eltern oder auch gegen Handlungen ihrer Eltern keine Reſtitution nachſuchen könnten; während das Römiſche Recht nur eine Reſtitution wegen minor aetas gegen Rechtsgeſchäfte ausſchließt, welche die Kinder mit ihren Eltern ſelbſt contrahirten. Nur davon ſpricht der tit. Cod. qui et adversus quos in integrum restitui non possunt (2, 42.), welcher außerdem mitten in der Lehre von der Reſtitution wegen minor aetas ſteht. Wird doch ſelbſt, freilich nicht

die infamirende de dolo actio, wohl aber Statt derſelben eine actio in factum von allen Schriftſtellern zugelaſſen: und hält man doch auch eine in integrum restitutio wegen Minderjährigkeit gegen Verſehen und Verſäumniſſe des Vaters bey der Adminiſtration der Adventitien für zuläßig. Wo bleibt da alſo wieder die allgemeine Regel? So kam es denn auch, daß viele Juriſten daran kaum dachten, bey den einzelnen Reſtitutionsgründen den Umfang ihrer Wirkſamkeit und den Kreis der Fälle, für welche ſie beſtimmt ſind, näher zu erörtern; ſondern ſich begnügten mit allgemeinen Sätzen, welche für alle Reſtitutionen aufgeſtellt, und größtentheils von der Reſtitution der Minderjährigen entlehnt wurden." — So weit Franke. Dasjenige, was dieſe Stelle von einzelnen Rechtsſätzen enthält, werde ich bey den geeigneten Materien noch beſonders prüfen. Leider iſt auch dasjenige, was unſer Verf. gibt, ganz in dieſem Geiſte bearbeitet, und ich bedaure, daß Burchardi in ſeinem neueſten Werk auf dieſem Pfade fortgewandelt iſt, und den Wink Franke's, welcher ihm übrigens nicht bekannt zu ſeyn ſchien, nicht benützt hat. — Beſonders aber hat ſich der Verfaſſer in den Bemerkungen zu unſerem Titel alle Mühe gegeben, alles dasjenige, was die verſchiedenen Pandectentitel als Reſtitutions-Arten bieten, unter Einen Geſichtspunkt zu bringen, und allgemeine Regeln aufzuſtellen, welche dann, wie es natürlich auch nothwendig der Fall ſeyn mußte, durch ſo viele Ausnahmen beſchränkt ſind, daß man vor lauter Ausnahmen keine Regel mehr kennt. Ich gehe daher auch gleich zu den einzelnen Titeln über.

Tit. 2.

Quod metus causa gestum erit.

---

§§. 444—451. S. 468—512.

Man kann ſich leicht denken, daß da, wo die Geſetze gegen Zwang rechtswidrige Täuſchung ꝛc. keinen Schutz gewähren, die ſchreiendſten Fälle vorkommen müſſen. Das Römiſche Recht nehmlich, das jus civile — und zwar die

Leges XII. Tabul., und Andere kannten aber ſolchen Schutz nicht. Wollte man ſich nun gegen ſolche Vernachtheiligungen ſicher ſtellen, ſo blieb in der That nichts übrig, als dießfalls bey Eingehung der Verträge beſondere Beſtimmungen eintreten zu laſſen. Man mußte jedoch bald einſehen, daß eine ſolche Geſetzgebung eine weſentliche Lücke enthalte, und dem zum adjuvare — corrigere — supplere (vgl. Bd. I. S. 133.) berufenen Prätor war es vorbehalten, dieſe Lücke zu ergänzen, wie dann auch Cicero

de offic. L. I. cap. 10.

ganz richtig bemerkt: „Jam illis promissis standum non esse, quis non videt, quae coactus quis metu, quae deceptus dolo promiserit? Quae quidem pleraque *jure Praetorio* liberantur, nonnulla *Legibus*." — Was aber Cicero unter dem „nonnulla Legibus" verſtanden habe? ergibt ſich aus einer Stelle derſelben Schrift

L. III. cap. 15.

„Atque iste dolus malus etiam *Legibus* erat vindicatus, ut tutela *XII. Tabulis* et circumscriptio adolescentium *Lege Laetoria*", was ſich dann natürlich auf den dolus malus bezog (die Lex Laetoria intereſſirt uns hier nicht, und von dieſer wird am geeigneten Orte die Rede ſeyn). In Beziehung auf die wegen Zwang und dadurch erregter Furcht edicirte nun der Prätor: „Quod metus causa gestum erit, ratum non habebo." Dieß iſt aber auch die einzige Nachricht, welche uns Ulpian

Fr. 1. D. h. t.

gibt, daß der Prätor es bey dieſem allgemeinen Satze nicht habe bewenden laſſen, ſondern, daß er ſein „ratum non habebo" näher motivirt habe, erſehen wir aus Ulpians

Fr. 14. D. ej. tit.

und Gajus

Fr. 19. D. ej. tit.

und die Ergänzung dieſes Edicts durch Heineccius, welche der Verfaſſer S. 468. wörtlich anführt, iſt dem Sinne nach wenigſtens richtig. Daß nun dieſes Edict dem Edict „de dolo malo" erſt nachgefolgt ſey, berichtet uns Ulpian

Fr. 4. §. 33. D. de doli mali et met. except. (44, 4.)
„Metus causa exceptionem Cassius non proposuerat, contentus doli exceptione, quae est generalis. Sed utilius visum est etiam de metu opponere exceptionem, etenim distat aliquid doli exceptione: quod exceptio doli personam complectitur ejus, qui dolo fecit: enimvero metus causa exceptio in rem scripta est. *Si in ea re nihil metus causa factum est:* ut non inspiciamus, an is, qui agit, metus causa fecit aliquid, sed an omnino metus causa factum est in hac re a quocunque, non tantum ab eo, qui agit. Et quamvis de dolo auctoris exceptio non objiciatur, veruntamen hoc jure utimur, ut de metu non tantum ab auctore, verum a quocunque adhibito exceptio objici possit." — Dieſe Stelle ſagt uns nun deutlich, daß ſchon der Prätor Caſſius den widerrechtlichen Zwang in das Gebiet des dolus hereingezogen, und eben deßwegen auch ein beſonderes Edict „metus causa" für überflüſſig gehalten habe. Natürlich aber fand dann in Beziehung auf dasjenige, quod metus causa gestum erat nur die actio und exceptio doli mit ihren Wirkungen Statt, und ſomit war dieſe Klage nur in personam, d. h. gegen denjenigen gerichtet, welcher den widerrechtlichen Zwang angewandt hatte, keineswegs aber gegen den dritten Beſitzer. Ein nachheriger Prätor aber trennte den metus vom dolus, ſchrieb dem metus noch eine umfaſſendere Wirkung zu, indem er ſeine Folgen auch gegen Dritte ausdehnte, und ſo ſchuf er nun eine eigene actio metus causa, welche er zu einer actio in rem scripta erhob. So und nicht anders kann ich mir die vorliegende Stelle erklären. Nun iſt es eine an ſich ſehr verzeihliche Wißbegierde, auch den Namen des Prätors zu kennen, welcher die beſondere actio und exceptio quod metus causa in ſeinem beſonderen Edicte aufgeſtellt hat, und daß man hierüber geſchichtliche Forſchungen angeſtellt hat, iſt gar nicht zu mißbilligen, allein man hätte es hiebey laſſen, und geradezu erklären ſollen, daß dieſe kein befriedigenderes Ergebniß geliefert habe. Statt deſſen hat man aber nun verſchiedene Hypotheſen aufgeſtellt, welche alle gleich unhaltbar ſind. So ſollen die vom Verfaſſer angeführten und in den Anmerk. 35. u. 36. S. 470. abgedruckten Stellen

des Cicero auf einen gewiſſen Octavius leiten, allein die Stelle aus der Oratio in Verrem iſt in der That mißverſtanden worden, und konnte auch, ehe der ächte Gajus aufgefunden war, leicht mißverſtanden werden. Denn dieſe Stelle ſagt weiter nichts, als daß ein gewiſſer Octavius eine Formel für die actio quod metus causa erfunden habe, von ihm formula Octaviana genannt, allein darin liegt in der That noch kein Beweis, daß auch das Edict und die actio metus causa von ihm herrühre, ſondern er konnte ja auch für die bereits gegebene actio metus causa eine Formel erfunden haben. Zudem iſt noch nicht einmal nachgewieſen, daß Octavius Prätor war, konnte er doch ſelbſt als Rechtsgelehrter eine Formel erfunden haben, welche den Beifall des Prätors Metellus erhielt, und deren er ſich während ſeiner Prätur bediente. Würden wir aber auch annehmen, daß das Edict und die actio quod metus causa von einem gewiſſen Octavius herrühre, ſo bietet ſich doch uns nicht das, was uns Grund gebe, irgend einen beſtimmten Octavius als den Urheber deſſelben anzuſehen, denn hierüber haben wir ja nur eine Menge der abentheuerlichſten Hypotheſen. Wer alſo das beſondere Edict und die beſondere actio und exceptio quod metus causa erfand, wiſſen wir nicht, und können es nicht wiſſen, weil es uns an allen geſchichtlichen Nachrichten hierüber gebricht. Gehen wir daher zur Sache über. Ulpian berichtet uns

Fr. 1. D. h. t.

daß in den früheren Zeiten das Edict etwas anders gefaßt geweſen ſey: „Olim ita dicebatur, *quod vi metusve causa*, vis enim fiebat mentio propter necessitatem impositam contrariam voluntati: metus, instantis, vel futuri periculi causa mentis trepidatione, sed postea detracta est vis mentio: ideo quia quodcunque vi atroci fit, id metu quoque fieri videatur“ — daß nehmlich ſtatt „metus causa“ es „vi metusve causa“ geheißen habe, daß aber die nachherigen Prätoren das „vi“ weggelaſſen haben, weil „metus“ als Wirkung ohne „vis“ als Urſache ſich gar nicht denken laſſe. Eben deßwegen ſey auch die vis als nothwendige Urſache des „metus“ immer noch in dem Edicte enthalten, wenn gleich das Wort „vis“ nachher geſtrichen worden ſey, wie er

Fr. 3. pr. D. h. t.

„Continet igitur haec clausula et vim, et metum, et, si quis vi compulsus aliquid fecit, per hoc Edictum restituitur“ — bemerkt. Vor allen Dingen müſſen wir nun unterſuchen: was denn eigentlich unter dem Wort metus zu verſtehen ſey? Die lateiniſche Sprache hat bekanntlich für das deutſche Wort „Furcht“ zwey verſchiedene Ausdrücke, nehmlich „metus“ und „timor.“ Worin ſich aber dieſe beiden Ausdrücke von einander unterſcheiden? erſehen wir aus Ulpian

Fr. 5. D. h. t.

„Metum accipiendum Labeo dicit, non quemlibet timorem, sed majoris malitatis.“ — „Metus“ nehmlich bezeichnet eine höhere Potenz von „timor“, womit auch Cicero

Tusc. Quaest. L. IV. cap. 37.

übereinſtimmt, wenn er „metum“ als „opinionem impendentis mali, quod intolerabile esse videtur“ bezeichnet. Nicht jede Furcht iſt alſo unter dem Ausdruck „metus“ unſers Edicts gemeint, wie uns Ulpian

Fr. 7. pr. D. h. t.

lehrt: „Nec timorem infamiae hoc edicto contineri Pedius dicit libro septimo: neque alicujus vexationis timorem per hoc edictum restitui. Proinde si quis meticulosus rem nullam frustra timuerit, per hoc edictum non restituitur: quoniam neque vi, neque metus causa factum est.“ — Mit dem Satze, daß ein bloßer timor das vorliegende Edict noch nicht begründe, ſondern daß es metus, d. h. die Furcht vor einem ſehr bedeutenden Uebel ſeyn müſſe, ſtimmt auch Gajus

Fr. 6. D. h. t.

„Metum autem non vani hominis, sed qui merito et in hominem constantissimum cadat, ad hoc edictum pertinere dicemus“ — überein, und es iſt wirklich merkwürdig, daß ſchon die früheren Römiſchen Rechtsgelehrten der Furcht vor der bloßen Infamie — Ehrloſigkeit — nur für timor, nicht für metus hielten. Wenn aber Ulpian in dem oben angeführten Fr. 7. ſagt: daß, wenn ein meticulosus rem nullam timuerit, von dieſem Edicte keine Rede ſeyn könne, ſo bedarf dieß noch einer weiteren Erläuterung, welche er

ſelbſt auch in dem §. 1. oben gedachten Fragments dahin gibt: „Proinde si quis in furto, vel adulterio deprehensus, vel in alio flagitio: vel dedit aliquid, vel se obligavit. Pomponius lib. vicesimo octavo recte scribit, posse eum ad hoc edictum pertinere: timuit enim vel mortem, vel vincula, quamquam non enim adulterum liceat occidere, vel furem, nisi se telo defendat: sed potuerunt vel non jure occidi, et ideo justus fuerit metus. Sed et si, ne prodatur ab eo, qui deprehenderit, alienaverit: succurri et per hoc edictum videtur: quoniam, si proditus esset, potuerit ea pati, quae diximus.“ — Hier behauptet nehmlich Ulpian, daß die Furcht vor einer Todes- oder bedeutenden Freiheitsſtrafe allerdings dem metus beyzurechnen ſey, und daher könne auch derjenige, welcher ein ſolches Verbrechen begangen habe, und mit der Anzeige eines ſolchen bedroht worden ſey, ſich dieſes Edicts bedienen. Hieraus aber folgt, daß derjenige, welcher ein ſolches Verbrechen nicht begangen hat, demunerachtet aber damit, daß er in eine ſolche Unterſuchung werde verflochten werden, bedroht wird, als eine rem nullam, d. h. Strafe eines von ihm nicht begangenen Verbrechens fürchtend, der actio oder exceptio metus ſich nicht bedienen kann. — Es belehrt uns ferner Ulpian

Fr. 9. pr. D. h. t.

„Metum autem praesentem accipere debemus, non suspicionem inferendi ejus, et ita Pomponius libro vicesimo octavo scribit, ait enim metum illatum accipiendum, id est, si illatus est timor ab aliquo. Denique tractat, si fundum meum dereliquero, audito quod quis cum armis veniret: an huic edicto locus sit, et refert Labeonem existimare, edicto locum non esse, et *unde vi* interdictum cessare; quoniam non videor vi dejectus, qui dejeci non expectavi, sed profugi. Aliter atque si, posteaquam armati ingressi sunt, tunc discessi: huic enim edicto locum facere. Idem ait, et si forte adhibita manu in meo solo per vim aedifices: et interdictum quod vi aut clam et hoc edictum locum habere: scil. quoniam metu patior, id te facere. Sed et si per vim tibi possessionem tradidero: dicit Pomponius, hoc edicto locum esse“ — daß der metus ſich auch wirklich auf eine

beſtimmte Drohung, oder überhaupt auf ein beſtimmtes Factum gründen müſſe. Wenn daher Jemand ſich durch den bloßen Anblick eines, wenn auch gleich ſehr verdächtigen Menſchen hätte einſchüchtern laſſen, ohne daß es dieſem eingefallen wäre, ihn auch nur einigermaßen zu bedrohen, vielmehr der in Furcht geſetzte lediglich ſich ſelbſt durch den Verdacht, daß er in Furcht geſetzt werden könnte, in Furcht geſetzt hat, was die Baſiliken

L. X. tit. 2. Fr. 9. pr. (Ed. *Fabr.* Tom. I. p. 584. Ed. *Heimb.* Tom. I. p. 491.)

gar unrichtig „φόβον ἐλπιζόμενον“, Fabrott aber richtig „metum suspicione inductum“ nennen, ſo würde hierin, und da er ſich bloß einbildete, daß etwas der Art geſchehen könnte, noch kein Grund für die actio quod metus causa liegen. Ein ſehr gutes Beiſpiel führt Paulus an

Fr. 21. pr. D. h. t.

„Si mulier contra patronum suum ingrata facta, sciens se ingratam, cum de suo statu periclitabatur, aliquid patrono dederit, vel promiserit, ne in servitutem redigatur, cessat edictum, quia hunc sibi metum ipsa infert.“ — Auch genügt es in der That nicht, wenn Jemand deßwegen ſchon, weil ein Anderer ſich vorher geäußert hat, daß er ihn in Furcht ſetzen wolle, ſich dadurch, noch ehe er ihn wirklich in Furcht geſetzt hat, einſchüchtern läßt nach Diocletians und Maximians

Const. 9 C. quod vi met. (2, 20.)

„Metum non jactationibus tantum vel contestationibus, sed atrocitate facti probari convenit“ — wozu auch die Baſiliken

L. X. tit. 2. Fr. 32. (Ed. *Fabr.* Tom. I. p. 596. Ed. *Heimb.* Tom. I. p. 497.)

zu vergleichen ſind:

„Προσῆλθέ τις βασιλεῖ μεμφόμενος, ὅτι ὁ δεῖνα κατεπτόησέ με, καὶ πράξας πολλὰ κατ' ἐμοῦ, ἢ καὶ ποιήσας ἑτέρους τινὰς πρᾶξαι, καὶ φοβηθεὶς ἢ δέδωκα αὐτῷ τινα, ἢ συνήλλαξα· ἢ ὅτι ὁ δεῖνα ἐπεφήμισε φόβον μοι ποιεῖν, καὶ παρακαλῶ βοηθείας

„Principem quis adiit, hanc querelam proferens. Ille metu me consternavit, multa adversus me clamans, aut alios ad clamorem concitans, et metu perculsus aut quaedam ei dedi, aut contraxi: vel quod idem jacta-

τυχεῖν, ὡς Φόβον ὑπομείνας. ἀντιγράφει τοίνυν ὁ βασιλεὺς πρὸς αὐτὸν οὕτως· ὅτι τὸν Φόβον οὐ ταῖς κραυγαῖς ἤτοι Φήμαις μόναις, ἀλλὰ τῇ τραχύτητι τῶν γινομένων ἀποδείκνυσθαι χρή.“

verit, metum mihi adhibiturum, tanquam metum passus desidero auxilium nancisci. Princeps igitur ei ita rescribit. Metum non clamoribus vel jactationibus tantum, sed atrocitate factorum probari convenit.“

Alle Einzelnheiten, in welchen „metus“ Statt habe, laſſen ſich nun freilich nicht aufzählen, und es muß hier für das richterliche Ermeſſen immer noch ein Spielraum bleiben; nur eine Einzelnheit iſt es, was Paulus

Fr. 8. §. 2. D. h. t.

berichtet: „Quod si dederit, ne stuprum patiatur vir, seu mulier: hoc edictum locum habet: cum viris bonis iste metus major quam mortis esse debet.“ — Bloß als „timor“, nicht als „metus“ aber iſt es anzuſehen, wenn Jemand ſich ſchon von dem hohen Range oder dem großen Anſehen ſeines Gegners einſchüchtern läßt (metus reverentialis der Praktiker) nach Diocletians und Maximians

Const. 5. C. de his, quae vi met. (2, 20.)

„Ad invidiam alicui nocere nullam dignitatem oportet: unde intelligis, quod ad metum arguendum, per quem dicis initum esse contractum, Senatoria dignitas adversarii tui sola non est idonea.“ — Hiemit ſteht auch des Imperator Conſtantins

Const. 11. C. ej. tit.

„Si per impressionem quis aliquem metuens saltem in mediocri officio constitutum, rei suae in eadem provincia vel loco, ubi tale officium peragit, sub venditionis titulo fecerit cessionem, et quod emptum fuit reddatur; et nihilominus etiam pecunia retineatur: simili poena servanda, si qui vel conjugis, vel amici nominibus abutentes, praedam tamen sibi acquirant“ — durchaus nicht im Widerſpruch. Denn es iſt die hier ausgeſprochene Folge keineswegs eine directe Folge des möglichen metus, ſondern eine directe Folge eines allgemeinen Verbots, welchem freilich der Gedanke, daß der Untergebene leicht aus Furcht, nicht von dem Beamten gedrückt zu werden, ſich zu Einge=

hung des Vertrags entſchließen möchte, zu Grunde lag, wie wir aus den Baſilicen

L. X. tit. 2. Fr. 34. (Ed. *Fabr.* Tom. I. p. 597. Ed. *Heimb.* Tom. I. p. 497.)

erſehen:

„Παλαιῶν νόμων κωλυόντων τοὺς ἄρχοντας, ἀγοράζειν τι παρὰ τῶν ἰδίων ἐπαρχιωτῶν, καὶ διατάξεως τοῦ εὐσεβεστάτου βασιλέως ἡμῶν τούτους ἀνανεωσάσης τοὺς νόμους, ἀνηνεγμένης ἐν τῷ πρώτῳ βιβλίῳ τοῦ κώδικος, ἡ προκειμένη διάταξις γενικώτερον νομοθετεῖ, ἵνα κἂν ταξεώτης, ἢ ἄλλος τις οἱονδήποτε χειρίζων ὀφφίκιον ἀγοράσῃ πρᾶγμα ἐν ἐκείνῃ τῇ ἐπαρχίᾳ ἤτοι τῷ τόπῳ, ἐν ᾧ χειρίζει τὸ ὀφφίκιον, τοῦ πεπρακότος εὐλαβηθέντος αὐτὸν, καὶ διὰ τοῦτο πωλήσαντος, καὶ τὸ ἀγορασθὲν ἀναδιδῶται πρᾶγμα, καὶ τὸ τίμημα κερδαίνῃ ὁ πεπρακώς. τὰ αὐτὰ δὲ νομοθετεῖ ἡ διάταξις, καὶ εἴτις ταξεώτης οἱασδήποτε τάξεως, ἢ ἄλλως χειρίζων ὀφφίκιον ὀνόματι τῆς ἰδίας γαμετῆς, ἢ ὀνόματι φίλων ἰδίων ἀποκεχρημένοι ἀγοράσωσι κατὰ τὸν εἰρημένον τρόπον πρᾶγμα.“

„Cum veteres leges prohiberent, ne Praesides a provincialibus suis aliquid emerent, et piissimi Imperatoris nostri constitutio eas leges renovaret, quae relata est libro primo codicis, proposita constitutio generaliter sancit, ut ne quidam apparitor, aut alius quis quodcunque officium administrans rem emat in ea provincia eove loco, in quo officium gerit, cum venditor metuat eum et propterea vendat. Et res emta redditur et pretium venditor lucratur. Eadem sancit constitutio, et si apparitor cujuslibet cohortis vel aliter officium administrans conjugis vel amicorum suorum nominibus abutentes rem secundum modum dictum emerint.“

Eben ſo wenig iſt als „metus“ anzuſehen, wenn ſich Jemand ſchon durch das bloße Anſehen einer obrigkeitlichen Stelle oder Perſon einſchüchtern läßt, wiewohl auch ſolche durch geſetzwidriges Verfahren in metum verſetzen können, nach Ulpian

Fr. 3. §. 1. D. h. t.

„Sed vim accipimus atrocem, et eam, quae adversus bonos mores fiat: non eam, quam magistratus recte intulit, scilicet jure licito, et jure honoris, quem sustinet, caeterum si per injuriam quid fecit populi Romani ma-

giſtratus, vel provinciae praeses, Pomponius scribit, hoc edictum locum habere: si forte (inquit) mortis, aut verberum terrore pecuniam alicui extorserit.“ — wie denn überhaupt nach Ulpian

Fr. 9. §. 1. D. h. t.

„Animadvertendum autem, quod praetor hoc edicto generaliter, et in rem loquitur, nec adjicit, à quo gestum, et ideo sive singularis sit persona, quae metum intulit, vel populus, vel curia, vel collegium, vel corpus: huic edicto locus erit“ — auch von moraliſchen Perſonen Jemand in metum verſetzt werden kann. Uebrigens iſt es ganz eins, ob Jemand für ſich ſelbſt, für ſeine Perſon, oder für ſeine Deſcendenten zu fürchten hat, nach Ulpian

Fr. 8. §. 3. D. h. t.

„Haec, quae diximus ad edictum pertinere, nihil interest, in se quis veritus sit, an in liberis suis, cum pro affectu parentes magis in liberis terreantur.“ — Dieſe actio findet aber nicht Statt, wenn Jemand von einem Andern etwas, was ihm dieſer wirklich ſchuldig war, erpreßt hat, nach Ulpian

Fr. 12. §. 2. D. h. t.

„Julianus ait, eum, qui vim adhibuit debitori suo, ut ei solveret, hoc edicto non teneri, propter naturam metus causa actionis, quae damnum exigit: quamvis negari non possit, in Juliam eum de vi incidisse, et jus crediti amisisse.“

Fr. 14. pr. D. h. t.

„Item si cum exceptione adversus te perpetua tutus essem, coëgero te acceptum mihi facere, cessare hoc edictum: quia nihil tibi abest.“ — Sie findet ferner nicht Statt, wenn derjenige, welchem die Eingehung einer ſolchen Verbindlichkeit erpreßt worden iſt, nachher dieſe freiwillig geleiſtet, nach des Imperators Alexander

Const. 2. C. quae vi met. (2, 20.)

„Cum te non solum cavisse, verum etiam solvisse pecuniam confitearis, qua ratione ut vim passus restitui quod illatum est, postules, perspici non potest: quando verisimile non sit, ad solutionem te properasse omissa

querela

querela de chirographo, utpote per vim extorto, nisi et in solvendo vim te passum dicas.“ — oder ſie nachher freiwillig genehmigt hat, nach des Imperators Gordian

Const. 4. C. ej. tit.

„Si per vim vel metu mortis, aut cruciatus corporis venditio a vobis extorta est, et non postea eam consensu corroborastis: juxta perpetui formam edicti, intra annum quidem agentes, quo experiundi potestas est, si res non restituatur, quadrupli condemnationem referetis scilicet reddito a vobis pretio: post annum vero causa cognita, eadem actio in simplum permittitur, quae causae cognitio eo pertinet, ut ita demum decernatur, si alia actio non sit.“ — oder wenn Jemand gegen einen Dritten, welcher ihn aus einer wirklich drohenden Gefahr befreit, eine Verbindlichkeit eingegangen, oder dieſem etwas gegeben hat, nach Ulpian

Fr. 9. §. 1. D. h. t.

„Sed licet vim factam a quocunque Praetor complectatur, eleganter tamen Pomponius ait: si, quo magis te de vi hostium, vel latronum, vel populi tuerer, vel liberarem, aliquid a te accepero, vel te obligavero: non debere me hoc edicto teneri, nisi ipse hanc tibi vim submisi. Caeterum si alienus sum a vi, teneri me non debere: ego enim operae potius meae mercedem accepisse videor.“ — Noch haben wir zu unterſuchen, was denn eigentlich der Prätor mit ſeinem „ratum non habebo“ ſagen wollte? und hierüber belehrt uns nun Ulpian

Fr. 9. §. 3. u. 4. D. h. t.

§. 3. „Sed quod Praetor ait, *ratum se non habiturum*: quatenus accipiendum est? videamus. Et quidem aut imperfecta res est, licet metus intervenerit, utputa stipulationem numeratio non est secuta: aut perfecta, si post stipulationem et numeratio facta est, aut per metum accepto debitor liberatus est, vel quid simile contigerit, quod negotium perficeret. Et Pomponius scribit, in negotiis quidem perfectis et exceptionem interdum, et actionem competere: in imperfectis autem solam exceptionem. Sed ex facto scio: cum Campani, metu cuidam illato, extorsissent cautionem pollicitationis: rescriptum

esse ab Imperatore nostro, posse eum a Praetore in integrum restitutionem postulare: et Praetorem, me adsidente, interlocutum esse: ut sive actione vellet adversus Campanos experiri, esse propositam, sive exceptione adversus petentes, non deesse exceptionem. Ex qua constitutione colligitur: ut, sive perfecta, sive imperfecta res sit: et actio et exceptio detur.“ §. 4. Volenti autem datur et in rem actio, et in personam, rescissa acceptilatione, vel alia liberatione.“ — Ulpian unterſcheidet hier: ob Derjenige, welchem eine Verbindlichkeit erpreßt worden iſt, dieſelbe auch gleich geleiſtet hat, oder nicht? Im erſteren Fall mußte ihm nun der Prätor eine „actio“ Klage ertheilen, indem er ohne eine ſolche nicht in judicio oder vor dem judex hätte auftreten können. Er nennt dieß ein negotium perfectum. Im zweyten Falle aber, was Ulpian ein negotium imperfectum nennt, gab er bloß eine exceptio (vgl. Bd. I. S. 511 bis 517), und damit konnte ſich dann auch wirklich der Verletzte begnügen, denn er hatte ja ein Schutzmittel, wodurch er der möglichen Klage ſeines Gegners begegnen konnte. Nun gibt es freilich auch negotia, welche theils den perfectis, theils den imperfectis beygezählt werden könnten. Ein Beiſpiel führt Ulpian an. Setze man nehmlich den Fall, es will Jemand von einem Andern eine Summe baaren Geldes erpreſſen, er überzeugt ſich aber, daß dieſes nicht zu haben iſt, und begnügt ſich nun mit einem von dieſem ausgeſtellten Schuldſchein. Hier reichte allerdings ſchon die bloße exceptio hin, indem durch dieſe ja die auf den Schuldſchein gegründete Klage entkräftet würde. Allein damit begnügt er ſich nicht, er befürchtet nehmlich, daß, ſo lange ſich dieſer Schuldſchein noch in den Händen ſeines Gegners befinde, allerley Unfug damit vorgehen könnte, und wünſcht dieſen wieder in ſeine Hände zu bekommen, hiezu gibt ihm denn auch der Prätor die actio, weil wenigſtens in Beziehung auf die Ausſtellung des Schuldſcheins das negotium perfectum war. Merkwürdig aber iſt in dem Beiſpiel von den Campanern, daß der Imperator wohl Alexander Severus, da ihn Ulpian „noster“ nennt, Demjenigen, welchem ein Schuldſchein erpreßt worden, gerathen hat, er ſolle ſich vom Prätor in

integrum reſtituiren laſſen, wobey wohl Sever die Anſicht des Paulus (ob. S. 85) im Auge hatte, worauf aber der Prätor, wahrſcheinlich ein beſſerer Juriſt als der Imperator, erwiederte: nicht daß er ſie reſtituiren, ſondern daß er ihnen nach ihrem Belieben entweder eine actio oder eine exceptio ertheilen wolle. — Allerdings iſt dieß nun freilich der Wirkung nach eine Reſtitution, denn man mag nun die actio oder exceptio betrachten, ſo wird doch durch beyde die eingegangene Verbindlichkeit entkräftet, der Verletzte alſo in den Zuſtand verſetzt, als ob er niemals eine Verbindlichkeit eingegangen hätte, und dieß mag allerdings auch dem Paulus bey ſeinem Generaliſiren vorgeſchwebt haben, allein dieß war ja überall der Fall, wo der Prätor eine exceptio ertheilte. Zudem aber hat der Prätor nicht unmittelbar reſtituirt, ſondern nur per modum actionis et exceptionis, Reſtitution aber nannte er nur das, wenn er unmittelbar reſtituirte. Doch hierüber kann ich mich erſt ſpäter deutlicher äußern. Zernichten aber konnte der Prätor eine erpreßte Verbindlichkeit nicht. Er mußte Demjenigen, welcher dießfalls eine actio verlangte, ſie geben, denn hätte er dem Kläger aus dem Grunde, weil die Verbindlichkeit metu extorta ſey, ſie verweigert, ſo hätte er ſeine Befugniß überſchritten, — nach dem ſtrengen Civilrechte war ja auch eine ſolche Verbindlichkeit eine klagbare — aufheben konnte er aber das Civilrecht nicht, und ſo blieb ihm nun auf dem ihm erlaubten Wege des adjuvare, supplere und corrigere nichts als die dem Verletzten an die Hand zu gebende exceptio, auf welche ſich auch die bey einem negotium perfectum dem Verletzten zu ertheilende actio zunächſt baſirt, übrig. Daß nun dieß freilich am Ende auf Eins hinausläuft, und daß es ferner einerley iſt, ob der Prätor unmittelbar oder mittelbar reſtituirte, gebe ich gerne zu, aber nach den Anſichten des Römiſchen Rechts fand ein bedeutender Unterſchied Statt, welchen man auch auf dem Gebiete des Römiſchen Rechts beachten muß, und wir dürfen daher auch nicht gleich Alles, was Aehnlichkeit hat, durcheinander werfen, ſondern müſſen uns an die Grundſätze des Römiſchen Rechts halten. Dieß aber, daß der Prätor eine vorhandene — eine nach der Strenge des Civilrechts beſtehende — Ver-

STAATSBIBLIOTHEK BAMBERG

bindlichkeit durch ſein Edikt aufhob, ſagt ja Ulpian in dem §. 4. ausdrücklich, und noch beſtimmter drückt ſich Paulus

Fr. 21. §§. 3. u. 4. D. h. t.

§. 3. „Si dos metu promiſſa ſit, non puto naſci obligationem: quia eſt veriſſimum, nec talem promiſſionem dotis ullam eſſe. §. 4. Si metu coactus ſim ab emptione, locatione diſcedere: videndum eſt, an nihil ſit acti, et antiqua obligatio remaneat, an hoc ſimile ſit acceptilationi, quia nulla ex bonae fidei obligatione poſſimus niti, cum finita ſit, dum amittitur, et magis eſt, ut ſimilis ſpecies acceptilatione ſit: et ideo praetoria actio naſcitur“ aus. Wenn nun hier Paulus die dotis promiſſio als etwas Nichtiges bezeichnet, ſo will ich hier nur kurz bemerken, da ich, ohne in eine ganz andere Materie zu gerathen, mich hier nicht ausführlicher äußern kann, daß hierunter Paulus nur eine ſolche promiſſio verſtand, welche von einem nicht zur Dotation Verpflichteten auf dem Wege eines bloßen pactum, woraus wenigſtens zu Paulus Zeiten noch keine klagbare Verbindlichkeit erfolgte, (vgl. I. Bd. S. 511), eingegangen war. Hier nun fand, da Derjenige, welcher den Promittenten nur ein ſolches Verſprechen erpreßt hatte, welches keine klagbare Verbindlichkeit begründete, hiedurch, als durch ein bloßes pactum, kein Klagerecht erhalten hatte, das Edikt des Prätors und die actio oder exceptio nicht Statt, weil ja gar nichts vorhanden war, gegen welches ſolche hätten gerichtet werden können. Ganz anders aber verhielt es ſich, wenn Jemand ſeinem Pächter oder Käufer auch nur auf dem Wege eines pactum, das Verſprechen, daß er vom Pacht oder Kauf abtreten wolle, und den wirklichen Abtritt erpreßt hatte, denn da, wenn der Verletzte nachher die actio venditi oder conducti hätte anſtellen wollen, ihm der Gegner die exceptionem pacti hätte entgegenhalten können, da auch pacta wenigſtens exceptiones an die Hand geben (vgl. I. Bd. S. 511—517.), hier alſo die exceptio gleich der förmlichen acceptilatio (vgl. Bd. I. S. 688 u. 689.) wirkte, indem ſie ſich von dieſer nur darin unterſchied, daß durch die acceptilatio die Verbindlichkeit ganz aufgehoben, hier aber nur per exceptionem entkräftet

wurde, ſo mußte der Käufer, um dem ihm erpreßten Verzicht auf die actio emti, der Pächter auf die conducti beziehungsweiſe die daſſelbe entkräftende exceptio pacti begegnen zu können, zu dem Edict des Prätors ſeine Zuflucht nehmen. Allerdings gab es nun auch Fälle, wo der Prätor weder eine actio noch exceptio geben konnte, weil ſolche gar nicht anwendbar geweſen wären, und eines ſolchen Falls erwähnt Paulus

Fr. 21. §. 5. D. h. t.

„Si metu coactus adii haereditatem, puto me haeredem effici, quia quamvis, si liberum esset, noluissem, tamen coactus volui, sed per Praetorem restituendus sum, ut abstinendi mihi potestas tribuatur.“ — Hier hätte nehmlich dem Verletzten die actio und exceptio metus nichts nützen können, denn Erbe wäre er ja immer geblieben, daher reſtituirte ihn der Prätor aber nur in der Maaße, daß er jetzt die metu angetretene Erbſchaft ausſchlagen konnte. Hier iſt wieder ganz merkwürdig, daß der Prätor ihm nur die „abstinendi“, nicht „repudiandi potestatem“ ertheilte, aber der Prätor blieb hier ganz conſequent. Denn, weil er den Erbſchaftsantritt als einen gültigen anſehen mußte, welchen er nur aufheben, keineswegs aber für ungültig erklären konnte, ſo konnte er auch dem restitutus jetzt nimmer die potestatem repudiandi ertheilen, weil er bereits auf eine nach dem ſtrengen Civilrecht gültige Weiſe die Erbſchaft angetreten hatte, ſondern er konnte ihm nur diejenige potestatem ertheilen, welche er den suis heredibus, die nach dem Geſetze ohne beſondere Antretung ſchon Erben waren, ertheilt hatte. Von dem umgekehrten Falle aber, und wenn Jemand aus Furcht eine Erbſchaft ausgeſchlagen hatte, handelt Paulus

Fr. 21. §. 6. D. h. t.

„Si coactus haereditatem repudiem, duplici via Praetor mihi succurrit: aut utiles actiones quasi haeredi dando, aut actionem metus causa praestando: ut quam viam ego elegerim, haec mihi pateat.“ — denn hier konnte er dem, durch die Repudiation der Erbſchaft Verletzten entweder dadurch helfen, daß er ihn gegen die Ausſchlagung reſtituirte, in welchem Fall er ihm aber, da er nun einmal auf eine nach dem ſtrengen Civilrecht

gültige Weiſe die Erbſchaft ausgeſchlagen hatte, nicht die directas actiones und nicht als „heredi“, ſondern nur die utiles actiones quasi heredi geben konnte, er ihn alſo nur als „bonorum possessor“ anſah. Uebrigens ertheilte er ihm auch die Klage aus dem Edict, welche freilich noch nachtheiligere Folgen für ſeinen Gegner hatte. Dieß vorausgeſetzt müſſen wir uns nun auch nach der Klage, welche der Prätor ertheilte, und nach ihren Wirkungen genauer umſehen. Eine, und die vorzüglichſte, mußte innerhalb eines Jahrs angeſtellt werden, was bey allen prätoriſchen Klagen der Fall iſt nach Gajus in ſeinen Commentarien

L. IV. §. 110.

weil, wie das

pr. I. de perpetuis et temp. act. (4, 12.)

bemerkt: „et ipsius Praetoris intra annum fuit imperium.“ — Die actiones praetoriae waren nehmlich ſchon an ſich, und ohne daß man hier ſchon an eine Klagenverjährung denken darf, annales; denn da die Amtsführung des Prätors nur ein Jahr dauerte, ſo konnte offenbar, und nachdem der Prätor während ſeiner Amtsführung ſein Edict nimmer ändern konnte (vgl. Bd. I. S. 133 u. 134.), der Verletzte ſich nur darauf ſichere Rechnung machen, daß er während der Amtsführung dieſes Prätors eine ſolche Klage erhalten werde, früher, und ſo lange der Prätor noch während des ganzen Laufes ſeiner Amtsführung ediciren konnte, war ja die actio praetoria nicht einmal annalis, denn noch in den letzten Monaten, Wochen oder Tagen konnte ja der Prätor noch ediciren, und hatte ſein Nachfolger dieß in ſein Edict nicht aufgenommen, oder hatte gar der Edicirende ſelbſt es wieder geändert, ſo konnten auch die actiones praetoriae nicht einmal annales genannt werden. — Annales wurden ſie erſt, nachdem auch das Edict jedes Prätors ein annale wurde. Hatten aber die nachfolgenden Prätoren eine actionem, welche von einem frühern Prätor herrührt, in ihr Edict wieder aufgenommen, ſo dauerte die actio fort, aber mit Sicherheit konnte man wieder nur auf die Prätur desjenigen, welcher die actio als translatitia in ſein novum edictum aufgenommen hatte, — rechnen. Sobald aber die potestas edicendi des Prätors einmal aufgehört hatte, was gewiß frühe ſchon unter den

Imperatoren geſchah, wäre jede actio praetoria von ſelbſt eine perpetua geworden. Allein man wollte doch immer die prätoriſchen Klagen von den eigentlichen Civilklagen unterſcheiden, was noch zu Juſtinians Zeit der Fall war, wie wir aus dem

Pr. I. de perp. et temp. act. (4, 12.)

erſehen, und ſomit mußte man das Jahr der prätoriſchen Klagen, welches urſprünglich und ſchon ſeiner Natur nach ein continuus war, in einen annum utilem umwandeln. Was aber unter einem annus utilis zu verſtehen ſey? darüber belehrt uns Ulpian in dem

Fr. 1. D. de div. temp. praescript. (44, 3.)

„Quia tractatus de utilibus diebus frequens est, videamus, quid sit, experiundi potestatem habere. Et quidem in primis exigendum est, ut sit facultas agendi: neque sufficit reo, experiundi secum facere potestatem, vel habere eum, qui se idonee defendat, nisi actor quoque nulla idonea causa impediatur experiri. Proinde sive apud hostes sit, sive reipublicae causa absit, sive in vinculis sit, aut si tempestate in loco aliquo, vel in regione detineatur, ut neque experiri, neque mandare possit, experiundi potestatem non habet. Plane is, qui valetudine impeditur, ut mandare possit, in ea causa est, ut experiundi habeat potestatem. Illud utique neminem fugit experiundi potestatem non habere eum, qui Praetoris copiam non habuit, proinde hi dies cedunt, quibus jus praetor reddit." — In den annus utilis fiel nehmlich nur diejenige Zeit, in welcher der Kläger den Beklagten auch wirklich belangen konnte. Einen ſolchen annus utilis hatte nun auch die „actio quod metus causa" nach den o. a. Fr. 14. §. 1. Ulpians, wo er ausdrücklich ſagt: „et sane cum per metum facta injuria anno et quidem utili exoleverit"; und daß unter dem annus utilis nichts Anderes, als was Ulpian nach der o. a. Stelle darunter verſteht, zu verſtehen ſey, erſehen wir aus der o. (S. 97.) abgedruckten Gordianiſchen

Const. 4. C. de his, quae vi metusve (2, 20.)

wo Gordian dieſen annum ausdrücklich durch den Beiſatz: „ex quo experiundi potestas fuerit" bezeichnet. Dieſe Klage gieng nun auf den vierfachen Betrag der Sache,

ſie war aber eine actio arbitraria, und der Beklagte konnte ſich dieſer nachtheiligen Folge entziehen, wenn er das durch Anwendung von Mitteln, welche einen metus (S. 91.) begründeten, Erpreßte in Folge des jussus judicis reſtituirte. (vgl. die im I. Bd. S. 443 u. 444 angeführten Stellen.) — In den Betrag der Sache war auch der der Früchte und Acceſſionen einzurechnen, nach Ulpian

Fr. 14. §. 7. D. h. t.

„Quadruplatur autem id, quanti ea res erit, id est cum fructibus et omni causa.“ Hat aber Jemand von demjenigen, welcher ihm wirklich eine beſtimmte Summe ſchuldig war, nur eine höhere erpreßt, ſo kommt bey dem vierfachen Betrag nur die erpreßte höhere Summe in Betracht, nach Ulpian

l. c. §. 14.

„Julianus ait, quod interest, quadruplari solum. Et ideo eum, qui ex causa fideicommissi quadraginta debebat, si trecenta promiserit per vim, et solverit, ducentorum sexaginta quadruplum consecuturum. In his enim cum effectu vim passus est“ — wo er ſich folgenden Beyſpiels bedient: Jemand war einem Andern wirklich 40 fl. ſchuldig, dieſer Andere aber erpreßte von ihm die Summe von 300 fl. Hier findet dieſe actio nur in Beziehung auf 260 fl. Statt, und nur aus Letzteren iſt der vierfache Betrag zu berechnen. Unter dem vierfachen Betrage iſt jedoch auch der einfache begriffen, ſo daß das quadruplum in Beziehung auf den dreyfachen Betrag als actio poenalis, in Beziehung auf den einfachen als rei persecutoria erſcheint. Dieſe Frage war zwar, wie wir aus Ulpian

l. s. §. 9.

erſehen, urſprünglich ſtreitig. „Sed et si quis per vim stipulatus, cum acceptum non faceret, fuerit in quadruplum condemnatus: ex stipulatu eum agentem, adversus exceptionem replicatione adjuvari Julianus putat; cum in quadruplo et simplum sit reus consecutus. Labeo autem etiam post quadrupli actionem nihilominus exceptione submovendum eum, qui vim intulit, dicebat, quod cum durum videbatur, ita temperandum est, ut tam tripli condemnatione plectatur, quam ac-

ceptilationem omnimodo facere compellatur." — Beide, Julian und Labeo, handeln hier nehmlich von dem Falle, in welchem Jemand von einem Andern ein gewiſſes Verſprechen, z. B. die Bezahlung von 1000 fl. auf dem Wege der Stipulation erpreßt hatte. Gegen ihn wurde nun nachher die actio quod metus causa angeſtellt, und weil er ſich weigerte, dem Kläger ſein Verſprechen auf eine rechtsgültige Weiſe zu erlaſſen, was aus der qualitas arbitraria dieſer Klage folgt, ſo wurde er nun in den vierfachen Betrag, alſo zu Bezahlung von 4000 fl. verurtheilt. Weil er nun aber noch gar nichts von dem Andern erhalten hatte, ſo ſtellte er die actio ex stipulatu gegen den Andern, welchem er 4000 fl. hätte bezahlen müſſen, und zwar auf Bezahlung dieſer 1000 fl. an. Dagegen aber ſchützte der Beklagte die exceptionem doli vor, gegen welche nun zwar Labeo nicht, — wohl aber Julian die replica doli zuließ, und die letztere Anſicht wurde auch als die mildere die geltende nach Ulpian

l. c. §. 10.

„Quatenus autem diximus, quadruplo simplum inesse, sic hoc disponendum est, ut in condemnatione quadrupli res quidem omnimodo contineatur et ejus restitutio fiat: poenae autem usque ad triplum stetur." — Und ein ſolcher, welcher noch gar nichts von demjenigen, was er erpreßt, erhalten hatte, wurde ſpäter auch nur in den Strafbetrag, nehmlich den dreyfachen, verurtheilt, wie wir aus den Baſiliceen

L. X. tit. 2. Fr. 14. §. 9. (Ed. *Fabr.* Tom. I. p. 588. Ed. *Heimb.* Tom. I. p. 493.)

erſehen:

„Ὁ κατὰ βίαν ἐπερωτήσας καὶ διὰ τὸ μὴ θέλειν ἀποχὴν ποιῆσαι καταδικαζόμενος, εἰς μὲν τὸ τριπλοῦν ὀφείλει καταδικάζεσθαι, καταναγκάζεσθαι δὲ παντὶ τρόπῳ ποιεῖν ἀποχήν."

„Qui per vim stipulatus, et quia acceptum facere nollet, condemnatus est, in triplum quidem condemnari debet, acceptilationem autem omni modo facere compelli."

Haben Mehrere den Akt der Erpreſſung verübt, ſo kann gegen jeden Einzelnen dieſe actio angeſtellt werden, hat

aber Einer den Betrag bezahlt, ſo werden auch die Andern hiedurch befreit nach Ulpian

Fr. 14. §. 15. D. h. t.

„Secundum haec, si plures metum adhibuerint, et unus fuerit conventus: si quidem sponte rem ante sententiam restituerit, omnes liberati sunt: sed et si id non fecerit, sed ex sententia quadruplum restituerit, verius est, etiam sic perimi adversus caeteros metus causa actionem.“ — Dasjenige aber, was man von ihm nicht erhalten konnte, kann von den übrigen gefordert werden, nach Paulus

Fr. 15. D. h. t.

„Aut in id dabitur adversus caeteros actio, quod minus ab illo exactum sit.“ — Dieſe Klage iſt nun nicht bloß eine perſönliche, ſondern ſie iſt zwar keine eigentlich dingliche, aber wenigſtens eine die Sache ſelbſt afficirende Klage, actio in rem scripta, wobey wir uns nichts Anderes denken können, als daß das vitium metus, wie das vitium furtivitatis bey der Uſucapion

Vgl. meine Schrift: Die Usucapio und Praescriptio des Römiſchen Rechts. Stuttg. 1832. S. 58 und 59.

als ein auf die Sache übergehendes — vitium rei — angeſehen wurde. — Hierüber Ulpian

Fr. 14. §. 3. D. h. t.

„In hac actione non quaeritur, utrum is, qui convenitur, an alius metum fecit: sufficit enim hoc docere, metum sibi illatum, vel vim, et ex hac re eum qui convenitur, et si crimine caret, lucrum tamen sensisse. Nam cum metus habeat in se ignorantiam, merito quis non adstringitur, ut designet, quis ei metum vel vim adhibuit: et ideo ad hoc tantum actor adstringitur, ut doceat metum in causa fuisse, ut alicui acceptam pecuniam faceret, vel rem traderet, vel quid aliud faceret. Nec cuiquam iniquum videtur, ex alieno facto alium in quadruplum condemnari: quia non statim quadrupli est actio, sed si res non restituatur.“ — Welche Stelle die Baſiliken

L. X. tit. 2. Fr. 14. §. 3. (Ed. *Fabr.* Tom. I. p. 587. Ed. *Heimb.* T. I. p. 493.)

richtig alſo geben:

„Ἀδιάφορον, εἴτε ὁ νεμόμενος καὶ ἐναγόμενος ὡς κερδάνας ἐκ τοῦ φόβου ἐποίησε τὸν φόβον, εἴτε ἄλλος· ἀρκεῖ γὰρ τὸ δειχθῆναι γενέσθαι φόβον. καὶ οὐκ ἀναγκάζεταί τις λέγειν τὸν ποιήσαντα· καὶ μὴ ἀποκαθιστῶν δίδωσι τὸ τετραπλοῦν, κἂν ἕτερος τὸν φόβον ἐπήγαγεν.“

„Nihil interest, sive possessor et qui convenitur tanquam ex metu lucrum sentiens, metum fecerit, sive alius: sufficit enim docere, metum factum fuisse: et non adstringitur quis, ut dicat, quis fecerit: et qui restituit, quadruplum solvit, licet alius metum intulerit.“

Hat der Bürge den Schuldner metu zum Erlaſſen der Verbindlichkeit veranlaßt, ſo kann die actio quod metus causa nach Ulpian

Fr. 9. §. 8. D. h. t.

„Cum autem haec actio in rem sit scripta, nec personam vim facientis coërceat, sed adversus omnes restitui velit, quod metus causa factum est: non immerito Julianus a Marcello notatus est scribens, si fidejussor vim intulit, ut accepto liberetur: in reum non esse restituendam actionem, sed fidejussorem, nisi adversus reum quoque actionem restituat, debere in quadruplum condemnari. Sed est verius, quod Marcellus notat, etiam adversus reum competere hanc actionem, cum in rem sit scripta“ — auch gegen den Schuldner, und umgekehrt, wenn der metus von dem Schuldner ausgieng, auch der Bürge mit dieſer Klage belangt werden, nach Gajus

Fr. 10. pr. D. h. t.

„Illud verum est, si ex facto debitoris metum adhibentis fidejussores acceptilatione liberati sunt: etiam adversus fidejussores agi posse, ut se reponant in obligationem.“ — Ueberhaupt kann nach Gajus

Fr. 10. §. 1. D. h. t.

„Si metu a te coactus acceptam tibi stipulationem fecerim: arbitratu judicis, apud quem ex hoc edicto agitur, non solum illud continetur, ut in tua persona redintegretur obligatio, sed ut fidejussores quoque vel eosdem, vel alios non minus idoneos adhibeas: praeterea ut et pignora, quae dederas, in eandem causam restituas“ — der Schuldner nicht bloß zur Wiederherſtellung der frühe-

ren aufgehobenen Verbindlichkeit, ſondern auch zu Wiederherſtellung des Pfand-Rechts und Stellung der früheren oder anderer gleich tüchtigen Bürgen angehalten werden. Ob und in wie weit aber der Beſitzer der Sache für die Sache ſelbſt, im Fall ſie zu Grunde gegangen, zu haften habe? davon handelt Ulpian

Fr. 14. §. 11. D. h. t.

„Quid si homo sine dolo malo et culpa ejus, qui vim intulit, et condemnatus est, periit? in hoc casu a rei condemnatione ideo relaxabitur, si intra tempora judicati actionis moriatur, quia tripli poena propter facinus satisfacere cogitur. Pro eo autem, qui in fuga esse dicitur, cautio ab eo extorquenda est, quatenus et persequatur, et omnimodo eum restituat: et nihilominus in rem, vel ad exhibendum: vel si qua alia ei competit actio ad eum recipiendum, integra ei, qui vim passus est, servabitur: ita ut si dominus eum quoquo modo receperit, is qui ex stipulatione convenitur, exceptione tutus fiat. Haec si post condemnationem, si autem ante sententiam homo sine dolo malo et culpa mortuus fuerit, tenebitur. Et hoc fit his verbis edicti: *neque ea res arbitrio judicis restituetur*. Ergo, si in fuga sit servus sine dolo malo, et culpa ejus, cum quo agetur: cavendum esse per judicem, ut eum servum persecutus reddat. Sed et non culpa ab eo, quo cum agitur, aberit; si tamen peritura res non fuit, si metum non adhibuisset, tenebitur reus: sicut in interdicto unde vi, vel quod vi aut clam observatur. Itaque interdum hominis mortui pretium recipit, qui eum venditurus, fuit si vim passus non esset.“ — Ulpian handelt hier nehmlich von dem Falle, wenn die Sache sine dolo und culpa des Beſitzers untergegangen, woraus zugleich per argumentum è contrario folgt, daß wenn die Sache dolo oder culpa des unrechtmäßigen Beſitzers zu Grunde gegangen, dieſer jedenfalls hiefür zu haften hat. Im erſteren Fall unterſcheidet er zwey verſchiedene Perioden, nehmlich:

a) die von der Litis-Conteſtation bis zum Erkenntniß;
b) die von dem Erkenntniß bis zur Friſt der actio judicati, der Zahlungs-Friſt.

Von dieſen zwey Perioden handelt nun **Ulpian**, und zwar in verkehrter Ordnung. Er beginnt nehmlich mit der unter b) genannten, und ſagt: „in hoc caſu a rei condemnatione ideo relaxabitur, ſi intra tempora judicati actionis moriatur, quia tripli poena propter facinus ſatisfacere cogitur.“ — Hier wird nur der dreyfache Betrag, alſo der wahre Strafbetrag (S. 104 u. 105.) angeſetzt. Bey der unter a) genannten Periode aber ſagt er: „ſi ante ſententiam homo ſine dolo malo et culpa mortuus fuerit, tenebitur, et hoc ſit verbis edicti: neque ea res arbitrio judicis reſtituetur.“ — Nun folgt aber eine Ausnahme von der für die Periode unter b) ausgedrückten Regel in dem Satze: „Sed et ſi — obſervatur.“ Zwar hat ſchon **Cujace** das „non“ vor „culpa“ weglaſſen wollen, und damit ſtimmt auch der Cod. Hal. überein, allein einmal hat dieſes „non“ die Auctorität aller Andern, und die der Baſiliken,

L. X. tit. 2 Fr. 14. §. 11. (Ed. *Fabr.* Tom. I. p. 589. Ed. *Heimb.* Tom. I. p. 494.)

welche ausdrücklich auch die Worte enthalten „εἰ δὲ μὴ κατὰ ῥαθυμίαν“ — „ſi vero non culpa“, ſodann aber auch noch die Natur der Sache für ſich, denn **Ulpian** wollte hier offenbar ſagen, daß der Beſitzer, der ohne ſeine Schuld intra tempus judicati zu Grunde gegangenen Sache auch dann hafte, wenn die Sache bey dem Eigenthümer nicht auf dieſelbe Weiſe zu Grund gegangen wäre, und inſoferne enthält dieſer Beyſatz eine Ausnahme von der für die Periode b) aufgeſtellten Regel. Dann nehmlich, wenn die Sache bey dem Kläger nicht der gleiche Zufall betroffen hätte, haftet dieſer auch für den Zufall. Nun könnte ſich freylich noch fragen: Inwieferne der Beklagte auch dann für den Zufall zu haften habe, wenn die Sache noch vor angeſtellter Klage zu Grunde gieng, von dieſer Periode handelt **Ulpian** nicht, es kann aber wohl keinem Zweifel unterliegen, daß dieſe der Periode unter b) gleich zu ſetzen iſt. Nach denſelben Grundſätzen iſt aber auch der Beſitzer in gutem Glauben zu behandeln, was freylich urſprünglich ſehr beſtritten war, nach **Ulpian**

Fr. 14. §. 5. D. h. t.

„Aliquando tamen, et ſi metus adhibitus proponatur, arbitrium abſolutionem adfert: quid enim, ſi metum

quidem Titius adhibuit me non conscio: res autem ad me pervenit, et haec in rebus humanis non est sine dolo malo meo: nonne judicis officio absolvat? aut si servus in fuga est. Aeque, si cavero judicis officio me, si in meam potestatem pervenerit, restituturum, absolvi debebo. Unde quidam putant, bona fide emptorem ab eo, qui vim intulit, comparantem non teneri: nec eum, qui dono accepit, vel cui res legata est. Sed rectissime Viviano videtur, etiam hos teneri: ne metus, quem passus sum, mihi captiosus sit. Pedius quoque lib. octavo scribit, arbitrium judicis in restituenda re tale esse: ut eum quidem, qui vim admisit, jubeat restituere, etiam si ad alium res pervenit: eum autem, ad quem pervenit, etiam si alius metum fecit: nam in alterius praemium verti alienum metum non oportet." — Daß nun dieſe Klage auch den Erben und übrigen univerſellen Rechtsnachfolgern desjenigen, welcher in Furcht verſetzt wurde, zuſtehe, ſagt Ulpian

Fr. 16. §. 2. D. h. t.

ausdrücklich: „Haec actio heredi, caeterisque successoribus datur: quoniam rei habent persecutionem." — Gegen die Erben und übrigen univerſellen Rechtsnachfolger desjenigen, welcher in Furcht verſetzt hat, geht jedoch dieſe actio annalis in quadruplum nicht, ſondern nur die actio perpetua in simplum, wovon unten die Rede ſeyn wird nach Ulpian

l. s. c.

„In haeredem autem, et caeteros in id quod pervenit ad eos, datur non immerito: licet enim poena ad haeredem non transeat, attamen quod turpiter, vel scelere quaesitum est (ut et est rescriptum), ad compendium haeredis non debet pertinere." — Gajus

Fr. 19. D. h. t.

„Quod autem in haeredem eatenus pollicetur actionem Proconsul, quatenus ad eum pervenerit, intelligendum est ad perpetuo dandam actionem pertinere." — Ulpian

Fr. 20. D. h. t.

„Quantum autem ad haeredem pervenerit, litis contestatae tempore spectabitur: si modo certum sit aliquid

pervenisse. Idem et ipsius, qui vim intulit, (si) sic in corpus patrimonii pervenit aliquid, ut certum sit ad haeredem perventurum, id est, si debitor liberatus est," — Julian

Fr. 18. D. h. t.

„Si ipsa res, quae ad alium pervenit, interiit: non esse locupletiorem dicemus. Sin vero in pecuniam aliamve rem conversa sit, nihil amplius quaerendum est, quis exitus sit, sed omnimodo locuples factus videtur, licet postea deperdat. Nam et Imperator Titus Antoninus Claudio Frontino de pretiis rerum haereditariarum rescripsit, ob id ipsum peti ab eo haereditatem posse: quia licet res, quae in haereditate fuerant, apud eum non sint, tamen pretium earum, quo locupletem eum vel saepius mutata specie faciendo, perinde obligat, ac si corpora ipsa in eadem specie mansissent." — Paulus

Fr. 17. D. h. t.

„Videamus ergo, si haeres, ad quem aliquid pervenerit, consumpserit id, quod pervenit, desinat teneri, an vero sufficit semel pervenisse: et si consumpto eo decesserit, utrum adversus haeredem ejus omnimodo competit actio, quoniam haereditariam suscepit obligationem, an non sit danda, quoniam ad secundum haeredem nihil pervenit. Et melius est, omnimodo competere in haeredem haeredis actionem: sufficit enim semel pervenisse ad proximum haeredem, et perpetua actio esse coepit, alioquin dicendum erit nec ipsum, qui consumpsit quod ad eum pervenit, teneri." — Faſſen wir nun dieß in kurze und allgemeine Sätze zuſammen, ſo ergibt ſich Folgendes: Gegen die Erben des Erpreſſers findet eigentlich nicht die actio quod metus causa annalis, ſondern bloß die perpetua (von welcher unten) nach Gajus Statt, ſie geht aber jedenfalls nur auf den einfachen Erſatz des Werthes der Sache, und wenn dieſe zur Zeit der Litis-Conteſtation nimmer ganz vorhanden wäre, nur auf theilweiſen Erſatz derſelben, inſoweit nehmlich der Erbe zur Zeit der Litis-Conteſtation hiedurch bereichert iſt, nach Julian und Ulpian, und da die Zeit der Litis-Conteſtation als die entſcheidende anzuſehen iſt, ſo kann das consumere des Erben ihn von der Klage nur dann

befreyen, wenn ſolches noch vor der Litis-Conteſtation vorgegangen iſt, keineswegs aber, wenn ſolches nach der Litis-Conteſtation erfolgte, und deßwegen geht die Klage in Beziehung auf den Erſatz desjenigen, was zur Zeit der Litis-Conteſtation noch vorhanden war, und erſt nachher conſumirt wurde, auch auf die Erben des Erben über. Nur von letzterem Falle iſt die Stelle des Paulus zu verſtehen. Ordnet man daher die übrigen Stellen logiſch, ſo müſſen Gajus Fr. 19. u. Ulpians Fr. 20. vorangeſtellt werden, auf dieſe hätten ſodann Julians Fr. 18. und hierauf erſt Paulus Fr. 17. zu folgen, und in dieſer Ordnung habe ich ſie auch oben (S. 110) angeführt. Dieſe actio quod metus causa concurrirt nun auch mit der actio doli (wovon im nächſten Titel) electiv, d. h. der Verletzte kann ſtatt der actio quod metus causa auch die actio doli anſtellen, mag er nun aber mit derſelben obgeſiegt haben oder unterlegen ſeyn, auf die actio quod metus causa kann er nimmer zurückkommen, nach Ulpian

Fr. 14. §. 13. D. h. t.

„Eum qui metum fecit, et de dolo teneri certum est, (et ita Pomponius) et consumi alteram actionem per alteram exceptione in factum opposita.“ — Nach Verfluß des annus utilis aber findet die actio quod metus causa nur auf den einfachen Erſatz und bloß dann Statt, wenn dem Kläger keine andere Klage zuſteht, nach Ulpians

Fr. 14. §§. 1. 2. D. h. t.

§. 1. „Post annum vero in simplum actionem pollicetur: sed non semper, sed causa cognita.“ §. 2. „In causae autem cognitione versatur, ut si alia actio non sit, tunc haec detur, et sane cum per metum facta injuria anno et quidem utili exoleverit: idonea esse causa debet, ut post annum actio haec dari debeat. Alia autem actio esse sic potest: si is, cui vis admissa est, decesserit, haeres ejus habet haereditatis petitionem, quoniam pro possessore, qui vim intulit, possidet, propter quod haeredi non erit metus causa actio: quamvis, si annus largiretur, etiam haeres in quadruplum experiri possit. Ideo autem successoribus datur, quoniam et rei

habet

habet persecutionem.“ — Und ſo drückt ſich auch die Gordianiſche

Const. 4. C. de his, quae vi (2, 20.)

aus: „Post annum vero causa cognita eadem actio (nehmlich die actio quod metus causa, denn von dieſer iſt im Eingang der Conſtitution allein die Rede) in simplum permittitur: quae causae cognitio eo pertinet, ut ita demum decernatur, si alio actio non sit.“ — Wie denn auch die Baſiliken

L. X. tit. 2. Fr. 14. §. 1. (Ed. *Fabr.* Tom. I. p. 586. Ed. *Heimb.* Tom. I. p. 493.)

ſich ganz richtig ſo ausdrücken:

„Ἡ διὰ φόβον αἰτίασις μετ' ἐνιαυτὸν εἰς τὸ ἁπλοῦν δίδοται, ὅτε μὴ ὕπεστιν ἑτέρα ἀγωγή.“	„Actio quod metus causa post annum in simplum datur, cum alia actio non est.“

Dieſe actio quod metus causa aber, welche früher eine perpetua war, verjährt ſich jetzt innerhalb dreyßig Jahre nach des Imperator Theodos II.

Const. 3. C. de praescript. 30 vel 40 annorum (7, 39.)

und Juſtinians

Const. 1. §. 1. C. de annali except. Ital. contr. toll. (7, 40.)

worüber ich meine Schrift:

Die usucapio und praescriptio des Römiſchen Rechts. Stuttg. 1832. §. 112. S. 240—245. u. §. 121. S. 265—267.

zu vergleichen bitte. Was aber die exceptio metus causa betrifft, ſo war dieſe gleich anfänglich, wie die exceptio doli, von welcher Paulus

Fr. 5. §. 6. D. de doli mali et met. except. (44, 4.)

„Non sicut de dolo actio certo tempore finitur, ita etiam exceptio eodem tempore danda est: nam haec perpetuo competit: cum actor quidem in sua potestate habeat, quando utatur suo jure: is autem, cum quo agitur, non habeat potestatem, quando conveniatur“ — es ausdrücklich bemerkt, eine perpetua, und verblieb es auch nach der Anaſtaſianiſchen

Const. 4. C. de praescr. 30 vel 40 annor. (7, 39.)

worüber meine o. a. Schrift

§§. 115 u. 116. S. 246. u. 247.

zu vergleichen iſt. — Dieß iſt nun einfach, was das Römiſche Recht über die actio quod metus causa bietet. Ob und in wie weit aber die actio quod metus causa auch noch jetzt anwendbar ſey? iſt eine Frage, welche nur mit genauer Unterſcheidung zwiſchen der rei persecutoria, und der poenalis qualitas dieſer Klage entſchieden werden kann. — Wo die Strafklagen durch die beſondere Geſetzgebung eines Staates aufgehoben ſind, kann natürlich die actio quod metus causa, nur inſofern ſie actio rei persecutoria und perpetua iſt, Statt finden, und das Gleiche dürfte auch da der Fall ſeyn, wo die Strafklagen nie Eingang gefunden haben. — Warum aber in den übrigen Fällen die actio quod metus causa auch als Pönalklage nicht noch Statt finden ſollte, ſehe ich nicht ein, denn mit den Grundſätzen der ſogenannten Reception des Römiſchen Rechts wüßte ich wenigſtens eine ſolche Behauptung nicht zu rechtfertigen. Warum ich übrigens, ſtatt die einzelnen §§. des Verfaſſers zu commentiren, hier eine eigene Abhandlung gegeben habe? wird ſich wohl aus dieſer von ſelbſt ergeben.

Tit. 3.

De dolo malo.

---

§§. 452—455. S. 513—535.

Ueber den Ausdruck — de dolo malo — iſt zu vergleichen

> Buchholz. Gibt es im Juſtinianeiſchen Recht einen dolus bonus (in deſſen juriſtiſchen Abhandlungen aus dem Gebiete des heutigen Römiſchen Rechts. Breslau 1833. S. 269—274.)

Die Worte des Edicts ſcheint uns Ulpian

Fr. 1. §. 1. D. h. t.

aufbewahrt zu haben, ſie lauten nach ihm: „Quae dolo malo facta esse dicentur, si de his rebus alia actio non erit, et justa causa esse videbitur, judicium dabo.“ Daß hier das Wort „judicium“ gleichbedeutend mit dem

Worte „actio" zu nehmen iſt, verſteht ſich wohl von ſelbſt, denn ein judicium ohne actio war ja gar nicht denkbar. Daß dieſes Edict nun von einem Prätor Caſſius herrühre? wiſſen wir, wie ich bereits oben S. 89 gezeigt habe. Auf die Fragen aber: wer dieſer Caſſius, und namentlich, welches Jahr das Geburtsjahr dieſes Edicts geweſen ſey? muß ich die Antwort ſchuldig bleiben. Das aber ſcheint mir eine unzweifelhafte Sache zu ſeyn, daß vor dem Edict des Prätors der dolus malus, wie ihn der Prätor nennt, noch kein Grund war, aus welchem irgend ein Vertrag angefochten werden konnte. Ich kenne zwar die Anſicht derjenigen, welche glauben, daß dieß ſchon früher und vor dem Edict des Prätors bey den bonae fidei contractibus der Fall geweſen ſey, recht gut, und finde es ganz folgerecht, wenn die Anhänger dieſer Anſicht behaupten, daß der Prätor durch ſein Edict nur den dolus malus auch auf das Gebiet der actionum stricti juris verpflanzt habe. Allein ich kann dieſer Anſicht nicht beytreten, einmal, weil ich glaube, daß es gerade dieſes Edict iſt, welches den Unterſchied zwiſchen den bonae fidei und stricti juris contractibus geſchaffen hat, worauf ich weiter unten zurückkommen werde, ſodann aber ſteht dieſer Anſicht auch die oben (S. 88) abgedruckte Stelle Cicero's entgegen,

de Offic. L. I. cap. 10.

denn in jener erklärt es ja Cicero geradezu für eine Folge des Prätoriſchen Rechts, daß metus und dolus Anfechtungsgründe ſeyen, und deutet mit einem „Jam" ganz deutlich auf eine dem Prätoriſchen Edict vorangegangene Vorzeit hin, wo ſich die Sache anders verhalten habe. Aus dem Edict des Prätors alſo erſt iſt abzuleiten, daß dolus nehmlich malus ein Anfechtungs-Grund der Verträge war. — Daß das Edict des Prätors erſt in die Periode nach der Lex Aebutia falle, welche, ſo wie die darauf folgenden Leges Juliae, nach Gajus

L. IV. §. 30.

die früheren legis actiones in die nachher gebräuchlichen formulas verwandelten, geht unzweifelhaft aus der, wenn gleich mageren Nachricht des Gajus hervor:

L. IV. §. 11.

„Actiones, quas in uſu veteres habuerunt, legis actiones appellabantur, vel ideo quod legibus proditae erant, quippe tunc edicta Praetoris, quibus complures actiones introductae ſunt, nondum in uſu habebantur; vel ideo quia ipſarum legum verbis accommodatae erant, et ideo immutabiles proinde atque leges obſervabantur. Unde eum, *qui* de vitibus ſuccisis ita egiſſet, ut in actione vites nominaret, reſponſum eſt, rem perdidiſſe quia debuiſſet arbores nominare, eo quod lex XII tabularum, ex qua de vitibus ſuccisis actio competeret, generaliter de arboribus ſuccisis loqueretur“ — daß zur Zeit der legis actionum die Edicte der Prätoren überhaupt noch nicht gewöhnlich, und die actiones praetoriae mit den legis actionibus nicht wohl vereinbar geweſen ſeyen; eine Nachricht, welche in der That um ſo ſchätzbarer iſt, weil man hieraus deutlich ſieht, daß die Strenge der legis actionum dem adjuvare — corrigere et ſupplere des juris civilis ſtörend und hemmend überall in den Weg trat. — Aber freylich wird man mir eine Stelle aus Cicero

de Offic. L. III. cap. 14.

entgegenhalten. Mag dieſe hier vorerſt ſelbſt ſtehen: „Quod ſi vituperandi ſunt, qui reticuerunt; quid de iis exiſtimandum eſt, qui orationis vanitatem adhibuerunt? C. Canius, eques Romanus, nec infacetus, et ſatis litteratus, cum ſe Syracuſas otiandi (ut ipſe dicere ſolebat), non negotiandi cauſa, contuliſſet, dictitabat, ſe hortulos aliquos velle emere, quo invitare amicos, et ubi ſe oblectare ſine interpellatoribus poſſet. Quod cum percrebuiſſet, Pythius ei quidam, qui argentariam faceret Syracuſis, dixit, venales quidem ſe hortos non habere, ſed licere uti Canio, ſi vellet, ut ſuis, et ſimul ad coenam, hominem in hortos invitavit in poſterum diem. Cum ille promiſiſſet, tum Pythius, qui eſſet, ut argentarius, apud omnes ordines gratioſus, piſcatores ad ſe convocavit, et ab his petivit, ut ante ſuos hortulos poſtridie piſcarentur; dixitque, quid eos facere vellet. Ad coenam tempore venit Canius: opi-

pare a Pythio apparatum convivium: cymbarum ante oculos multitudo: pro se quisque, quod ceperat, afferebat, ante pedes Pythii pisces abjiciebantur. Tum Canius, Quaeso, inquit, quid est hoc, Pythi, tantumne piscium? tantumne cymbarum? Et ille, quid mirum? inquit; hoc loco est, Syracusis quidquid est piscium. Hic aquatio. Hac villa isti carere non possunt. Incensus Canius cupiditate, contendit a Pythio, ut venderet. Gravate ille primo: quid multa? impetrat, emit homo cupidus et locuples tanti, quanti Pythius voluit, et emit instructos, nomina facit, negotium conficit. Invitat Canius postridie familiares suos, venit ipse mature: scalmum nullum videt. Quaerit ex proximo vicino, num feriae quaedam piscatorum essent? quod eos nullos videret. Nullae (quod sciam), inquit ille; sed hic piscari nulli solent; itaque heri mirabar, quid accidisset. Stomachari Canius. Sed quid faceret? nondum enim Aquilius, collega et familiaris meus, protulerat de dolo malo formulas: in quibus ipsis cum ex eo quaereretur, quid esset dolus malus? respondebat: Cum esset aliud simulatum, aliud actum. Hoc quidem sane luculenter, ut ab homine perito definiendi. Ergo et Pythius, et omnes aliud agentes, aliud simulantes, perfidi, improbi, malitiosi sunt. Nullum igitur factum eorum potest utile esse, cum sit tot vitiis inquinatum.“ — Die Anhänger der andern, und wie ich ſelbſt geſtehen muß, an ſich wenigſtens folgerechten Anſicht, ſagen hier nehmlich, Canius habe den Fehler begangen, daß er eine litterarum obligationem, ſomit stricti juris eingegangen habe, hätte er dieß nicht gethan, ſo hätte er allerdings den Kauf der Villa ex capite doli anfechten können. Dadurch aber, daß er durch Novation den urſprünglichen Kaufvertrag in eine litterarum obligatio, ſomit stricti juris umgewandelt, habe er ſich in die Lage verſetzt, warten zu müſſen, bis durch die formula Aquilii Galli auch eine obligatio stricti juris auf den Grund des dolus habe angefochten werden können. — Nun gebe ich allerdings zu, daß Cicero, wenn er von dem Canius erzählt, „nomina facit“ hierunter dasjenige verſtanden habe, was Gajus

L. III. §§. 128 u. 129.

§. 128. „Litteris obligatio fit veluti in nominibis transscripticiis. Fit autem nomen transcripticium duplici modo: vel a re in personam, vel a persona in personam. §. 129. (*A re in personam tran*)scriptio fit, veluti si id, quod (*modo*) ex emptionis causa, aut conductionis, aut societatis mihi debeas, id expensum tibi tulero" — als eine transscriptio à re in personam bezeichnet, und woraus alſo eine litterarum obligatio entſtand, oder kurz und deutſch geſagt, daß Canius dem Pythius für den Kaufſchilling einen Schuldſchein ausgefertigt hat, worin ausdrücklich enthalten war, daß Canius die fragliche Summe ihm für die Erkaufung der Villa ſchuldig geworden, wie dieſe ganze Operation von dem Paraphraſten Theophilus

ad tit. I. de litt. oblig. (3, 21.) Ed. *Reitz.* Tom. II. p. 668 u. 669.

„Μετὰ τὴν re, καὶ τὴν verbis, εἴπωμεν περὶ τῆς litteris. Ἡ δὲ litteris τὸ παλαιὸν τοιοῦτον ἐπεδέχετο ὅρον· litteris ἐστὶ, τὸ παλαιὸν χρέος εἰς καινὸν δάνειον μετασχηματιζόμενον ῥήμασι καὶ γράμμασι τυπικοῖς. Εἰ γάρ τις ἐχρεώστει μοι ἑκατὸν νομίσματα ἀπὸ ἀγορασίας ἢ μισθώσεως ἢ δανείσματος ἢ ἐπερωτήσεως, (πολλαὶ δὲ τῶν χρεῶν προφάσεις·) ἠβουλόμην δὲ τοῦτον ὑπεύθυνον ποιῆσαι τῇ litteris ἐνοχῇ, ἀνάγκη ἦν τυπικὰ λέγειν καὶ γράφειν τὰ ῥήματα πρὸς αὐτὸν, ὃν ἔνοχον ἠβουλόμην τῇ litteris ποιῆσαι ἐνοχῇ· Ἦν δὲ ταῦτα τὰ ῥήματα, ἅτινα καὶ ἐλέγετο καὶ ἐγράφετο· Τοὺς ἑκατὸν χρυσοῦς, οὓς ἐμοὶ ἐξ αἰτίας μισθώσεως χρεωστεῖς, σὺ ἐκ συνθήκης καὶ ὁμολογίας δώσεις τῶν

„Post obligationem aut re aut verbis contractam, dicamus de litterarum obligatione. Litterarum autem obligatio olim hanc recipiebat definitionem: litterarum obligatio est, vetus debitum per verba et scripta solemnia transformatum in novum creditum. Nam si quis centum mihi aureos debebat ex emtione vel locatione vel mutuo vel stipulatione (multae autem sunt debitorum causae), *ego*que hunc vellem litteris obligatum mihi reddere: necesse erat solemnia verba dicere, et scribere ad eum, quem litteris obligare mihi volebam. Erant autem haec verba, quae et dicebantur et scribebantur: Centum aureos, quos mihi

οἰκείων γραμμάτων; εἶτα ἐνεγράφετο, ὡς ἀπὸ τοῦ ἐνόχου ἤδη γενομένου ἐκ τῆς μισθώσεως, ταῦτα τὰ ῥήματα· Ἐκ τῆς συνθήκης ὀφείλω τῶν οἰκείων γραμμάτων. Καὶ ἡ μὲν προτέρα ἐνοχὴ ἀπεσβέννυτο, καινοτέρα δὲ ἐτίκτετο, τουτέστιν ἡ litteris, αὕτη δὲ ἐκ τοῦ ἐν γράμμασιν εἶναι τὴν ὀνομασίαν ἐδέξατο.“

ex causa locationis debes, tu ex conventione et confessione litterarum tuarum dabis? Deinde adscribebantur, ut ab eo qui jam ex locatione obligatus esset, haec verba: Ex conventione debeo litterarum mearum. Et prior obligatio exstinguebatur, nova autem, id est litterarum, nascebatur. Haec vero ex eo quod in scriptis consisteret, adpellationem accepit.“

ſehr deutlich beſchrieben worden iſt. Ich gebe ferner zu, daß durch dieſe Operation die Verbindlichkeit des Canius zu zahlen, nimmer mit der urſprünglichen actio venditi, alſo bonae fidei — ſondern mit der actio ex litterarum obligatione, ſomit stricti juris geltend gemacht werden konnte, oder daß die urſprüngliche erſte Klage in der zweyten untergegangen, mit einem Worte eine novatio entſtanden ſey, wie auch unſer Paraphraſt behauptet, und wofür ich mich hier auch lediglich auf Gajus

L. III. §. 176.

beziehen will. Allein ich muß geradezu leugnen, daß Canius ſich deßwegen, und weil er eine ihm nachtheilige Novation eingegangen hatte, in Verlegenheit befand. Denn daß Cicero ſelbſt Juriſt war, iſt bekannt, daß er alſo gewiß auch, wenn Canius ſich hiedurch dieſe Verlegenheit zugezogen, dieß bemerkt hätte, iſt gewiß mit aller Wahrſcheinlichkeit anzunehmen. Dagegen führt Cicero einen andern Grund an, warum ſich Canius in Verlegenheit befunden habe, und dieſer Grund berührt die Novation nicht im Mindeſten. Er ſagt nehmlich: deßwegen habe ſich Canius in Verlegenheit befunden, weil Aquilius, Cicero's Freund und College, die formulam de dolo malo noch nicht aufgeſtellt gehabt habe. Daß nun aber Edictum, actio ex Edicto praetoris, und formula actionis weſentlich verſchiedene Dinge ſind, dieß iſt wohl jetzt nimmer zu bezweifeln, wobey übrigens, wenn

wir jetzt heller als unſere Vorfahren ſehen, dieß lediglich dem neu aufgefundenen Gajus zu verdanken haben. — Der Prätor, welcher das Edict de dolo malo erließ, aber hieß, wie ich ſchon oben (S. 115) bemerkte, Caſſius. Daß das Edict ſchon vorhanden war, und vorhanden ſeyn mußte, ehe Aquilius die Formel erfand, liegt wohl in der Natur der Sache, denn die formula ohne Edict hätte doch wohl nichts genützt. Ich gebe daher zu, und behaupte es ſelbſt auf's Beſtimmteſte, daß damals, als Canius ſo entſetzlich geprellt wurde, das Edict de dolo malo ſchon beſtand, und es nur an der Formula fehlte. Aber dieß gerade habe ich nun auch zu erklären. Der Prätor hatte nur von dem dolus malus gehandelt, und früher, vor dem Aquilius, war auch nur der dolus malus im Allgemeinen genannt. Allein gerade an einer Begriffs-Beſtimmung fehlte es, die Doctrin hierüber gieng von keinen beſtimmten Grundſätzen aus, und namentlich mußte es im vorliegenden Falle wo nicht ein angenommener Satz, doch wenigſtens eine ſehr beſtrittene Frage geweſen ſeyn, ob denn Pythius, welcher dem Canius nur etwas, was ja zunächſt die Villa ſelbſt nicht betraf, vorgeſpiegelt, auch wirklich einen dolum malum an dem Canius begangen habe? So hätte alſo Canius ganz leicht von dem Prätor ſchon, oder wenn ihm auch der Prätor die „formulam si paret dolo malo factum esse“ ertheilt hätte, noch von dem judex mit einem „non paret“ abgewieſen werden können. Dringende Nothwendigkeit war es alſo, einen beſtimmten Begriff von dolus feſtzuſetzen und dieſen in die Formel aufzunehmen, und dieſe Aufgabe war es zunächſt, welche Aquilius löſen wollte, und durch die Beſtimmung „dolus est, si aliud simulatum aliud actum“ wirklich löste. Denn jetzt konnte wohl darüber, ob Canius dolo malo von Pythius geprellt worden ſey? kein Zweifel mehr obwalten. Daß der Fall des Canius zu der beſtimmten formula des Aquilius geführt habe, iſt mir mehr als wahrſcheinlich, auch ſcheint wirklich dem Canius durch dieſe beſtimmte formula geholfen worden zu ſeyn, wie aus dem Schlußſatze des Cicero hervorgeht. Die formula des Aquilius hatte aber wieder ihre Lücken, und wenn man ſie, wie ſie uns Cicero angibt, genau betrachtet, ſo zeigt ſich wirklich ganz deutlich, daß Aquilius

in dem Beſtreben, eine paſſende Formel für den Fall des Canius aufzufinden, über die individuellen Verhältniſſe dieſer Prellerey das übrige viel weitere Gebiet des dolus aus den Augen verloren hatte, denn nach Ulpian

Fr. 1. §. 2. D. h. t.

„Dolum malum Servius quidem ita definiit, machinationem quandam, alterius decipiendi causa, cum aliud simulatur et aliud agitur. Labeo autem, posse et sine simulatione, id agi, ut quis circumveniatur: posse et sine dolo malo aliud agi, aliud simulari: sicuti faciunt, qui per ejusmodi dissimulationem deserviant, et tuentur vel sua, vel aliena. Itaque ipse sic definiit, dolum malum esse *omnem calliditatem, fallaciam, machinationem ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibitam.* Labeonis definitio vera est.“ — verſuchten ſich Servius und Labeo in erſchöpfenderen Erklärungen, und die des Labeo ſcheint auch wirklich den Beyfall der Doctrin erhalten zu haben. Mag es nun auch vorläufig hier bey der Erklärung Labeo's ſein Bewenden haben. Nun ſcheint aber noch ein weiterer Umſtand meiner Anſicht entgegenzuſtehen. Ehe ich jedoch hierauf übergehe, muß ich vor allen Dingen noch tiefer in die Lehre von der actio doli eingehen, Ulpian berichtet uns

Fr. 1. §. 4. D. h. t.

„Ait Praetor, *si de his rebus alia actio non erit.* Merito Praetor ita demum hanc actionem pollicetur, si alia non sit: quoniam famosa actio non temere debuit a Praetore decerni, si sit civilis, vel honoraria, qua possit experiri.“ — Dieſe Stelle drückt auf das Beſtimmteſte aus, daß die actio doli nur in Ermangelung einer andern actio Statt finde, daß alſo der Prätor dann, wenn er eine andere Klage ertheilen kann, welche den Kläger zum Ziele führt, die actio doli nicht ertheilen könne, womit auch des Imperators Antonin

Const. 2. C. de dolo malo. (2, 21.)

„De dolo actio, cum nulla alia competit, causa cognita permittitur“ übereinſtimmt. Der Grund aber, warum dieſe actio eine rein ſubſidiäre Klage ſeye, iſt der, quoniam

famosa actio est. Was Ulpian hiemit ſagen wollte, erklärt ſich aus der Stelle Julians

Fr. 1. D. de his, qui not. infam. (3, 2.)

wonach nehmlich in einem andern wohl dem de dolo vorangegangenen Edicte ausdrücklich enthalten war: „Infamia notatur, qui de dolo malo et fraude suo nomine damnatus pactusve erit.“ Nun fährt Ulpian in dem o. a. §. 4. weiter fort:

Fr. 16. D. de dol. mal. et met. except. (44, 4.)

„In stipulatione plane doli clausula non erit detrahenda: quia ex doli clausula non de dolo actio intenditur, sed ex stipulatu.“

„Usque adeo, ut et Pedius lib. 8. scribat: etiam si interdictum sit, quo quis experiri, vel exceptio, qua se tueri possit, cessare hoc edictum. Idem et Pomponius lib. 28. et adjicit: etsi stipulatione tutus sit quis, eum actionem de dolo habere non posse: ut puta si de dolo stipulatum sit.“ — daß auch Derjenige, welchem ein Interdict, oder eine Einrede zuſtehe, oder welcher ausdrücklich ſich das Haften ſeines Gegners für dolus ſtipulirt habe, auf dieſe Klage keinen Anſpruch machen könne. — Auf die Frage: ob, wenn es zweifelhaft ſeye, daß dem Kläger noch eine andere Klage zuſtehe, die actio doli demungeachtet Statt finde? kommt Ulpian in dem

Fr. 7. §. 3. D. h. t.

„Non solum autem si alia actio non sit, sed et si dubitetur, an alia sit, putat Labeo de dolo dandam actionem: et adfert talem speciem: Qui servum mihi debebat, vel ex venditione, vel ex stipulatu, venenum ei dedit, et sic eum tradidit: vel fundum, et dum tradit, imposuit ei servitutem, vel aedificia diruit, arbores excidit, vel extirpavit: ait Labeo, sive cavit de dolo, sive non, dandam in eum de dolo actionem, quoniam, si cavit, dubium est, an competat ex stipulatu actio: sed est verius, si quidem de dolo cautum est, cessare actionem de dolo, quoniam est ex stipulatu actio: si non est cautum, in ex empto quidem actione cessat de dolo actio, quoniam est ex empto: in ex stipulatu, de dolo actio necessaria est.“ — Labeo nahm nun an, daß überhaupt

die actio doli in allen Fällen, in welchen es zweifelhaft ſey, ob dem Kläger noch eine andere Klage zuſtehe? Statt finde, und daß dieß namentlich auch dann der Fall ſey, wenn der Kläger ſich das Haften ſeines Gegners für den dolus ausdrücklich habe ſtipuliren laſſen, weil auch in dieſem Falle es ja zweifelhaft ſey, ob ihm die actio ex stipulatu zuſtehe. Was konnte nun den Labeo zu dem Zweifel, ob in einem Falle der Stipulation des Haftens für den dolus auch die actio ex stipulatu Statt finde, bewogen haben? — Meiner Anſicht nach die Annahme Labeo's, daß, ſobald einmal der Prätor überhaupt eine actio de dolo eingeräumt hatte, eine ſolche Stipulation offenbar etwas ganz Ueberflüſſiges wäre, und auch hier deßwegen die allgemeine actio de dolo Statt habe. Man findet auch hier nun eine Andeutung, daß man früher und vor dem Edicte des Prätors ſich gegen den dolus nur durch beſondere Stipulationen ſchützen konnte, dieſe aber nach dem Edicte des Prätors überflüſſig geworden ſeyen. Nun läßt ſich freilich Ulpian auf die allgemeine Frage des Labeo gar nicht ein, ſondern geht gleich auf die Beyſpiele deſſelben über, und bemerkt: daß, was die Fälle Labeo's betreffe, die actio doli keineswegs Statt finde, denn da der Verkäufer ausdrücklich für den dolus zu haften verſprochen, ſo könne der Verkäufer nur ex stipulatu klagen; den Grund drückt Ulpian freilich nicht aus, allein er kann, nachdem er in dem §. 4. (S. 121) überhaupt und im Allgemeinen den Grund für die ſubſidiäre Eigenſchaft dieſer Klage angeführt hatte, durchaus nicht zweifelhaft ſeyn, denn er beſteht lediglich darin, daß der ex stipulatu de dolo actione Verurtheilte nicht, wohl aber der ex actione de dolo ſich die Infamie zugezogen hatte. Fand aber keine Stipulation de dolo Statt, ſo kam es darauf an: ob der Kläger eine andere Klage anſtellen konnte oder nicht? wovon weiter unten. Die actio doli wird nun ferner ausgeſchloſſen, wenn der Verletzte eine nicht klagbare Verbindlichkeit gegen ſeinen Gegner eingegangen hat, nach Ulpian

Fr. 1. §. 5. D. h. t.

„Idem Pomponius ait: et si actionem in nos dari non oporteat: veluti si stipulatio tam turpis dolo malo facta sit, ut nemo daturus sit ex ea actionem: non debere

laborare, ut habeam de dolo malo actionem, cum nemo sit adversus me daturus actionem.“ — Die actio doli findet ferner nicht Statt, wenn der Verletzte ſich gegen die Verletzung in integrum reſtituiren laſſen kann, nach Ulpian

Fr. 1. §. 6. D. h. t.

„Idem Pomponius refert Labeonem existimare, etiam si quis in integrum restitui possit, non debere ei hanc actionem competere.“ — Beyſpiele hievon gibt Ulpian in dem (I. Bd. S. 546—550) abgedruckten und dort commentirten

Fr. 7. pr. D. h. t.

und in dem

Fr. 38. D. h. t.

„Quidam debitor epistolam quasi a Titio mitti creditori suo effecit, ut ipse liberetur. Hac epistola creditor deceptus, Aquiliana stipulatione, et acceptilatione liberavit debitorem: postea epistola falsa, vel inani reperta, creditor major quidem annis viginti quinque de dolo habebit actionem, minor autem in integrum restituetur.“ — In dem erſten Falle muß nähmlich der Minderjährige zu der actio doli ſeine Zuflucht nehmen, weil er nicht reſtituirt werden konnte, und auf dieſen Fall bin ich bereits a. o. a. O. eingegangen. Den zweiten Fall aber wollen wir etwas genauer betrachten. Ein Schuldner läßt an ſeinen Gläubiger einen angeblich von einem ſeiner vertrauteſten Freunde geſchriebenen Brief abgehen, worin dieſer Freund den Gläubiger bittet, ſeinem Schuldner die Schuld entweder aus Mitleiden, oder weil er, der Freund, für ihn einſtehen wolle, zu erlaſſen. Hand und Schriftzüge des Freundes ſind täuſchend nachgeahmt, und der Gläubiger erläßt wirklich die Schuld. Später zeigt ſich, daß der Brief ein falſcher und vom Schuldner unterſchobener war. Hier ſpricht nun Ulpian dem Gläubiger, wenn er volljährig iſt, die actionem doli zu, dem minderjährigen Gläubiger aber ab, weil er ſich in integrum reſtituiren laſſen könne. Ganz daſſelbe würde aber auch dann der Fall ſeyn, wenn Jemand einen Andern mittelſt rechtswidriger Täuſchung vermocht hätte, eine ihm ſchädliche Erbſchaft anzutreten, wobey er entweder gar nicht, oder wenig-

ſtens nicht allein als Erbſchaftsgläubiger betheiligt war, denn nur auf den letzteren Fall paßt die Stelle des Furius Anthianus

Fr. 40. D. h. t.

„Is, qui decepit aliquem, ut haereditatem non idoneam adiret, de dolo tenebitur: nisi fortasse ipse creditor erat, et solus erat: tunc enim sufficit contra eum doli mali exceptio“ — In den übrigen Fällen aber würde, wie bey der actio quod metus causa, S. 101 dem Verletzten bloß durch das beneficium abstinendi geholfen werden können. Die actio doli findet ferner nicht Statt, wenn der Verletzte eine andere Klage hatte, dieſe aber ſich in kürzerer Zeit verjährte; man denke ſich hier als Beyſpiel die redhibitoriſche Klage, nach Ulpian

Fr. 1. §. 6. D. h. t.

„Et si alia actio tempore finita sit, hanc competere non debere: sibi imputaturo eo, qui agere supersedit: nisi in hoc quoque dolus malus admissus sit, ut tempus exiret.“ — Nur iſt hier die Ausnahme in den Worten nisi in hoc bis zum Ende nicht zu überſehen. Von der eigentlichen Klagenverjährung iſt nun hier freilich nicht, ſondern vielmehr nur von den legitimis judiciis, welche nach Gajus

L. IV. §. 104.

„nisi in anno et sex mensibus judicata fuerint, expirant“ die Rede. Merkwürdig iſt auch des Gajus

Fr. 39. D. h. t.

„Si te Titio obtuleris de ea re, quam non possidebas, in hoc ut alius usucapiat, et judicatum solvi satisdederis, quamvis absolutus sis de dolo malo, tamen teneberis: et ita Sabino placet.“ — Die letztere kann ich jedoch erſt bey dem Titel „De rei vindicatione“ erläutern. Uebrigens wird durch das Fr. 1. §. 6. das Fr. 1. §. 7. (ſiehe unten) dahin erläutert, daß nimmer die erloſchene Klage, ſondern bloß die „actio de dolo in id quod interest, non esse factum“ angeſtellt werden kann. — Eines weiteren Falles erwähnt Ulpian

Fr. 1. §. 7. D. h. t.

„Si quis, cum actionem civilem baberet, vel honorariam in stipulatum deductam, acceptilatione, vel alio modo

sustulerit: de dolo experiri non poterit, quoniam habuit aliam actionem: nisi in amittenda actione dolum malum passus est.“ — Hier ſpricht Ulpian von dem Falle, wenn die Klage, welche dem Verletzten zuſtand, aufgehoben und erloſchen iſt, wobey jedoch gleichfalls die Ausnahme Statt findet, wenn der Verluſt der Klage durch dolus herbeygeführt wurde, die Worte in stipulatum deductam acceptilatione sustulerit wird man ſich aus dem, was ich von der Aquiliana stipulatio im I. Bd. S. 679. ff. bemerkt habe, erklären können. Die Worte alio modo aber beziehen ſich darauf, wenn zwar die Verbindlichkeit nicht aufgehoben, nicht erloſchen, ſondern nur eine die Wirkſamkeit der Klage hemmendes und eine exceptio begründendes pactum vorliegt (vgl. I. Bd. S. 513. ff.). Auch hier jedoch kann, wenn die Klage durch acceptilatio erloſchen iſt, wie bey der durch Verjährung erloſchenen Klage nur die actio doli in id, quod interest Statt finden. Liegt aber ein bloßes, eine exceptio begründendes pactum vor, ſo wird die exceptio pacti durch die replicatio doli entkräftet. Die actio doli findet endlich letztens auch dann nicht Statt, wenn dem Kläger eine andere, zu gleichem Ziel und Zweck führende Klage gegen einen andern als ſeinen Gegner zuſteht, nach Ulpian

Fr. 1. §. 8. D. h. t.

„Non solum autem, si adversus eum sit alia actio, adversus quem de dolo quaeritur.“ — Paulus

Fr. 2. D. h. t.

„Vel ab eo res servari poterit.“ — Ulpian

Fr. 3. D. h. t.

„Non habet hoc edictum locum, verum etiam si adversus alium.“ — Paulus

Fr. 4. D. h. t.

„Sit actio: vel si ab alio res mihi servari potest.“ — Ein Beyſpiel hievon gibt Ulpian

Fr. 5. D. h. t.

„Ideoque si quis pupillus a Titio, tutore auctore concludente circumscriptus sit: non debere eum de dolo actionem adversus Titium habere, cum habeat tutelae actionem per quam consequatur, quod sua intersit.

Plane si tutor solvendo non sit, dicendum erit, de dolo actionem dari ei.“ — Die actio doli findet aber auch, wie wir bereits oben S. 122 aus Ulpians Fr. 1. §. 4. erſehen haben, dann nicht Statt, wenn dem Verletzten eine exceptio zuſteht, ein Beyſpiel hievon führt Furius Anthianus in dem S. 125 abgedr. Fr. 40. D. h. t. an. — Ganz klar iſt alſo der Satz, daß die actio doli dann nicht Platz greifen könne, wenn irgend ein anderes Schutzmittel, ſey es nun eine Klage oder Einrede (exceptio) oder ein außerordentliches Rechtsmittel, dem Verletzten zuſteht, wodurch er die Folgen des dolus von ſich abwenden kann. Nun finden wir aber viele Stellen, in welchen die actiones oder judicia bonae fidei von denen stricti juris inſofern unterſchieden werden, als von erſteren geſagt wird, daß die actio und exceptio doli ihnen ſchon an ſich beywohnen. Ich will von den vielen Stellen nur einige anführen: a) Ulpian

Fr. 21. D. sol. matrim. (24, 3.)

„Cum enim doli exceptio insit de dote actione; ut in caeteris bonae fidei contractibus.“ — Ganz allgemein drückt er ſich in dem

Fr. 152. D. de R. I. (50, 17.)

aus: „In contractibus, quibus doli praestatio inest“, daß aber hierunter die contractus bonae fidei verſtanden ſey, ergibt ſich aus den Baſiliken

L. II. tit. 3. Fr. 152. §. 3. (Ed. *Fabr.* Tom. I. p. 82. *Theophili* Paraphr. Ed. *Reitz.* Tom. II. p. 1014. *Witte* Basil. tit. de diversis Regul. jur. antiq. p. 33. *Heimb.* Basil. L. LX. Tom. I. p. 74.)

welche hier ausdrücklich von „*συναλλάγμασιν ἔχουσιν ἀγαθὴν πίστιν*“, bonae fidei contractibus ſprechen, und dieſe „*βεβαιουμένους ἀπὸ τοῦ δόλου*“ — „munitos adversus dolum“ nennen.

b) Julian, welcher

Fr. 84. §. 5. D. de leg. (30.)

von der actio venditi ſagt: „quia hoc judicium bonae fidei est, et continet in se doli mali exceptionem.“ — Faſſen wir nun vorerſt dieſen Gegenſatz zwiſchen actionibus oder judiciis bonae fidei genau in's Auge. — Daß

ein Unterſchied zwiſchen beyden ſey, wird nun wohl nicht geläugnet werden können, denn ſtänden beyde einander gleich, ſo würde wohl nicht von den actionibus oder judiciis bonae fidei etwas behauptet werden können, was nicht ausſchließlich bloß von ihnen, ſondern von allen, alſo auch denen stricti juris gilt. Man könnte ſich nun dieſen Unterſchied auf folgende Weiſe erklären: daß die actio und exceptio doli bloß bey judiciis bonae fidei und nicht bey denen stricti juris Statt finde. Dieſe Art, die Sache zu erklären, hat meines Wiſſens noch niemals Beyfall gefunden, vielmehr wird allgemein, und auch meiner Anſicht nach, mit Recht angenommen, daß der dolus bey judiciis stricti juris gleichfalls wie bey den bonae fidei berückſichtigt werde, und für dieſen Satz finden ſich auch zwey ſehr ſprechende Belege bey Gajus

L. IV. §§. 116. u. 119.

§. 116. „Comparatae sunt autem exceptiones defendendorum reorum gratia, cum quibus agitur. Saepe enim accidit, ut quis jure civili teneatur, sed iniquum sit, eum judicio condemnari; velut (*si*) stipulatus sim, a te pecuniam tamquam credendi causa numeraturus, nec numeraverim: nam eam pecuniam a te peti posse certum est, dare enim te oportet, cum ex stipulatu tenearis; sed quia iniquum est, te eo nomine condemnari, placet per exceptionem doli mali te defendi debere. §. 119. Omnes autem exceptiones in contrarium concipiuntur, quia adfirmat is, cum quo agitur: nam si verbi gratia reus dolo malo aliquid actorem facere dicat, qui forte pecuniam petit, quam non numeravit, sic exceptio concipitur: *si in ea re nihil dolo malo Auli Agerii factum sit, neque fiat.* Item si dicatur contra pactionem pecunia peti, ita concipitur exceptio: *si inter Aulum Agerium et Numerium Negidium non convenit, ne ea pecunia peteretur.* Et denique in ceteris causis similiter concipi solet: ideo scilicet, quia omnis exceptio objicitur quidem a reo, sed ita formulae inseritur, ut condicionalem faciat condemnationem, id est, ne aliter judex eum, cum quo agitur, condemnet, quam si nihil in ea re, *qua* de agitur, dolo actoris factum sit, item ne

aliter

aliter judex eum condemnet, quam si nullum pactum conventum de non petenda pecunia factum erit.“ — Wenn aber die Sache ſich auf dieſe Art nicht erklären läßt, ſo müſſen wir uns nach einer andern Erklärungsweiſe umſehen. Nun geſtehe ich aufrichtig, daß dieſes Problem vor Auffindung des Gajus nicht aufzulöſen war. Allein ſeine Commentarien löſen uns das Räthſel, und vorzüglich ſind es die bereits im I. Band S. 470 u. 471 abgedruckten L. IV. §§. 45—47, welche in Verbindung mit dem o. abgedr. §. 119. hierüber Licht geben. Vergleichen wir nehmlich die beyden Formeln, welche der §. 47. enthält, mit einander, ſo werden wir zwiſchen beyden einen bedeutenden Unterſchied in der Faſſung finden. Die erſte Formel, nehmlich die formula in jus concepta, enthält bloß die Worte „*ex fide bona ejus*“, die zweite in factum concepta aber die Worte „*eamve dolo malo.*“ Nun war aber nach Gajus §§. 45. und 46. eine formula in jus concepta nichts anderes als eine ſolche: „*in quibus juris civilis intentio erat*“, und die „*in factum*“ *in quibus nulla talis intentionis conceptio est*“ — und da in den contractibus bonae fidei immer eine juris civilis intentio lag, ſo konnte auch eigentlich bey ſolchen von einer formula in factum concepta nicht die Rede ſeyn; auch ſagt ja Gajus ausdrücklich, daß nur bey dem judicium depositi und commodati ausnahmsweiſe beyde Formeln Statt gefunden haben. — Es bewirkte aber der Beyſatz bonae fidei in der formula in jus concepta gerade das Nehmliche, was die ausdrückliche Erwähnung des dolus in der formula in factum concepta, d. h. es wurde Alles, was contra bonam fidem war, alſo gerade der dolus berückſichtigt. Warum erwähnte aber der Prätor der bona fides gerade nur bey den judiciis bonae fidei, und nicht auch bey denen stricti juris? Hierüber müſſen wir nun zu Gajus und deſſen

L. IV. §. 48—52.

unſere Zuflucht nehmen:

§. 48. „Omnium autem formularum, quae condemnationem habent, ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est: itaque etsi corpus aliquod petatur,

(Lücke, welche Heffter
Gaji Instit. Comment. IV. Berol. 1827. p. XXII.
alſo ausfüllt: „veluti fundum, mancipium, vestem, aurum, argentum, aes (vel arte mutatum.). In ſeiner neuern Ausgabe des Gajus
Bon. 1830. p. 198 u. 199.
ſchließt er jedoch mit den Worten „vestem“, und läßt die übrigen weg. Klenze und Böcking
Gaji et *Justin.* Instit. I. R. Berol. 1829. p. 238.
ſetzen zwiſchen aurum und argentum das Wörtchen „vel“ und „argentum“ voran. Huſchke
Studien des römiſchen Rechts. Breslau 1830. I. Bd. S. 317.
liest ſtatt mancipium „hominem.“) — judex non ipsam rem condemnat eum, cum quo actum est, sicut olim fieri solebat, (*sed*) aestimata re pecuniam eum condemnat. §. 49. Condemnatio autem vel certae pecuniae in formula ponitur, vel incertae. §. 50. Certae pecuniae in ea formula, qua certam pecuniam *petimus;* nam illic ima parte formulae ita est: *judex Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium X milia condemna. Si non paret absolve.* §. 51. Incertae vero condemnatio pecuniae duplicem significationem habet, est enim una cum aliqua praefinitione, quae vulgo dicitur cum taxatione: veluti si incertum aliquid petamus. * * * * * * * * formulae ita * * * * : *Judex Numerium Negidium Aulo Agerio dumtaxat X milia condemna: si non paret, absolve.* Diversa est, quae infinita est, velut si rem aliquam a possidente nostram esse petamus, id est, si in rem agamus, vel ad exhibendum. Nam illic ita est: *Quanti ea res erit, tantam pecuniam Numerium Negidium Aulo Agerio condemna. Si non paret, absolvito.* §. 52. * * * * * * * judex si condemnat, certam pecuniam condemnare debet, etsi certa pecunia in condemnatione posita non sit. Debet autem judex attendere, ut, cum certae pecuniae condemnatio posita sit, neque majoris, neque minoris summa petita condemnet. Alioquin litem suam facit. Item si taxatio posita sit, ne pluris condemnet, quam taxatum sit. Aliàs enim similiter litem suam facit. Minoris autem damnare ei permissum est

— — — — — — — — — — — — — — —

— — — — — — ************* intendere debent ******************** condemnatione constringi *** — — — — — — — — — — —

Wir ſehen nehmlich aus dieſen Stellen, in Beziehung, auf welche ich mich auch auf die Bemerkungen im I. Bd. S. 448—456 beziehen muß, daß ſich die Formeln auch hinſichtlich der pecunia, welche gefordert werden konnte, eintheilten, und zwar in formulas certae et incertae pecuniae. Mit der formula certae konnte nun der Prätor den Beyſatz der bona fides nicht wohl vereinigen, wie wir auch aus den v. abgedr. §§. 116. und 119. des Gajus erſehen, und wollte er nun doch den dolus nicht ausſchließen, ſo mußte er deſſen in der Formel beſonders gedenken, während bey der formula incertae pecuniae die bloße Erwähnung der bona fides genügte. Die bloß aus dem Edict des Prätors herſtammende Erwähnung der bona fides war nun freilich auch etwas der juris civilis intentio Fremdes, aber ſie ließ ſich doch wenigſtens mit der formula incertae pecuniae vereinigen, wogegen ſie mit der formula certae pecuniae nicht zu vereinigen war, weil hiedurch dieſe ja ſelbſt eine incerta geworden wäre. Denn der Prätor mußte ſich bey den formulis certae pecuniae ſchon deßwegen in Acht nehmen, weil ſolche juris civilis intentionem hatten, ſomit in jus zu concipiren waren — und nur das incertum bey ſolchen Formeln konnte den Beyſatz des Prätoriſchen Edicts ex bona fide inſofern rechtfertigen, als dort überhaupt dem richterlichen — bey den formulis certae pecuniae ausgeſchloſſenen — Ermeſſen immer noch ein Spielraum gelaſſen werden mußte. Wenn nun von den actionibus bonae fidei geſagt wird, daß ihnen der Beyſatz des dolus ſchon beywohne, ſo kann dieß keinen andern Sinn als den haben, daß, da der bona fides ſchon im Allgemeinen in der formula incertae pecuniae erwähnt war, ſchon hierin auch die actio und exceptio doli begriffen war, während der Prätor bey denen stricti juris erſt den dolus in die Formel legen mußte. In dem Formelweſen und in der Eintheilung der Formeln in certae und incertae pecuniae iſt nun auch, meiner Ueberzeugung nach, der Urſprung der Eintheilung der actionum in bonae fidei und stricti juris zu ſuchen,

und einen weiteren Beleg werde ich bey der Lehre von der exceptio compensationis geben. So lange noch die früheren legis actiones beſtanden, waren alle stricti juris, wie wir auch von Gajus in dem S. 126 abgedruckten L. IV. §. 11. ausdrücklich belehrt werden. Erſt jetzt kann uns klar werden, warum die pacta nuda contractibus bonae fidei in continenti adjecta durch die actio bonae fidei klagbar wurden, denn auch hiebey (vgl. Bd. I. S. 522) lag der Grund ja wieder darin, daß der Prätor hier eine formulam incertae pecuniae infinitam in jus und ausnahmsweiſe (vgl. S. 129) in factum conceptam ertheilen konnte. Iſt nun aber, wie ich gezeigt zu haben glaube, die Eintheilung der actionum bonae fidei und stricti juris lediglich aus den an die Stelle der früheren legis actiones getretenen Formeln gefloſſen, ſo läßt ſich auch unmöglich behaupten, daß die actiones bonae fidei ſchon früher, und vor dem Edicte des Prätors die actionem doli implicite an ſich getragen, und daß der Prätor durch ſein Edict bloß die actio und exceptio doli auf das Gebiet der actionum stricti juris verpflanzt habe, wie man bisher ſo ziemlich allgemein annahm, ſondern es zeigt ſich vielmehr, daß durch das Edict des Prätors erſt der dolus überhaupt berückſichtigt wurde, und daß es das Formelweſen war, welches zunächſt die Eintheilung der actionum in bonae fidei und stricti juris herbeyführte. Welche judicia aber bonae fidei, und welche stricti juris waren? darüber beziehe ich mich auf den I. Bd. S. 518—520. Nachdem aber das Formelweſen wieder den neuern actionibus Platz gemacht hatte, ſo ſollte man glauben, daß der frühere hiedurch bedingte Unterſchied zwiſchen den Actionen wieder gefallen ſey, und daß, wie es früher und zur Zeit der legis actiones nur actiones stricti juris gegeben, jetzt nur noch actiones bonae fidei gebe. Daß jedoch der alte Unterſchied geblieben, dieß kann uns nicht wundern, da uns das Römiſche Recht häufig ſolche Fälle bietet, wo die Folgen noch als beſtehendes Recht daſtehen, während der poſitive Grund derſelben längſt aufgehoben iſt. Man denke nur an die heutige Litis-Conteſtation und die frühere, und die Folgen derſelben, welche nur aus der frühern längſt umgewandelten erklärbar ſind.

Zudem aber fiel die blühende Periode der Doctrin, welche dem poſitiven Recht immer nachgeholfen, und das Neuere dem Aelteren angepaßt hatte, in die Zeit der Formeln. Der Periode nach Theodos, welcher das Formelweſen aufgehoben hatte, aber war die Doctrin fremd geworden, und Niemand gab ſich mehr Mühe, die Folgen derjenigen Grundſätze, welche die Imperatoren in ihren Conſtitutionen an ſich aufgehoben hatten, genauer zu beſtimmen, und auch dieſe, als mit dem Prinzip gefallen, als unpaſſend darzuſtellen. Rein mechaniſch erfolgte dann, daß das Princip zwar aufgehoben war, aber die Folgen, welche man als Folgen jenes aufgehobenen Princips nicht einmal mehr genau kannte, fortdauern ließ. Ob es nun aber jetzt noch auch actiones bonae fidei und stricti juris gebe? muß ich dieſem Allem nach verneinen, wenn gleich Roßhirt

Gibt es noch stricti juris obligationes im gemeinen deutſchen Recht? (in der Zeitſchrift für Civil- und Criminal-Recht, I. Heft. Heidelb. 1831. S. 71—90.)

übrigens gegen die gemeine Meinung wieder als ihr Verfechter aufgetreten iſt. Mehreres über dieſe Anſicht zu geben, werde ich bey dem 2. Titel des 16. Buchs Gelegenheit haben. Ich kehre zu der actio de dolo zurück. Dieſe Klage findet ferner nicht Statt, wenn der Betrag gar zu unbedeutend iſt, nach Ulpian

Fr. 9. §. 5. D. h. t.

„Merito causae cognitionem Praetor inseruit: neque enim passim haec actio indulgenda est. Nam ecce inprimis si modica summa sit" — und

Fr. 11. pr. D. h. t.

„Non debet dari." — und Paulus

Fr. 10. D. h. t.

„Id est, usque ad duos aureos." — Ein Aureus aber betrug nach Wurm

„De ponderum, nummorum" ordinandi rationibus apud Graecos et Romanos. Stuttg. 1820. §. 24. p. 38. u. Tab. XI. p. 202.

wenn man den Denar zu 73 Gran berechnet: in 9 fl. 36 kr. und wenn man ihn zu 63 Gran berechnet, in 8 fl. 14 kr. rheiniſch. — Sie findet ferner nicht Statt, wenn Jemand durch Abſchwörung eines falſchen Schieds-Eides ſich ein zu

ſeinen Gunſten ſprechendes Erkenntniß ausgewirkt hat, nach Ulpian

Fr. 21. D. h. t.

„Quod si, deferente me, juraveris, et absolutus sis, postea perjurium fuerit approbatum: Labeo ait, de dolo actionem in eum dandam: Pomponius autem per jusjurandum transactum videri. Quam sententiam et Marcellus lib. 8. Digest. probat: stari enim religioni debet.“ — Den Grund führt Paulus an

Fr. 22. D. h. t.

„Nam sufficit perjurii poena“ — und wenn beyde Partheien ſich in dolo befinden, wo alſo der Grundſatz: „dolus dolo compensatur“ Statt findet, nach Marcian

Fr. 36. D. h. t.

„Si duo dolo malo fecerint, invicem de dolo non agent.“ — Eines Falls, in welchem die eigentliche actio doli nicht Statt findet, erwähnt Ulpian

Fr. 11. §. 1. D. h. t.

„Quibusdam personis non dabitur: utputa liberis, vel libertis adversus parentes patronosve, cum sit famosa. Sed nec humili adversus eum, qui dignitate excellet, debent dari: puta plebejo adversus consularem receptae auctoritatis: vel luxurioso, atque prodigo, aut aliâs vili adversus hominem vitae emendatioris, et ita Labeo: Quid ergo est? in horum persona dicendum est, in factum verbis temperandam actionem dandam, ut bonae fidei mentio fiat.“ — In einem ſolchen Falle findet alſo nur eine gemäßigte, nicht infamirende actio Statt, d. h. der Prätor ertheilte hier ſtatt einer formula in factum, in welcher der dolus ausdrücklich genannt war, eine formula in jus. So erklärt ſich nun, was Ulpian mit ſeinem temperare actionem in factum verbis, „ut bonae fidei mentio fiat“ von ſelbſt aus dem im I. Band S. 470 abgedruckten L. IV. §. 47. des Gajus, d. h. der Prätor wählte auch bey der formula in factum ſtatt dem Ausdruck „dolo malo“ bloß den ex fide bona, wie bey der formula in jus, und verwandelte ſo die actio doli in eine andere Klage, welche jedoch den dolus, wie die formula in jus implicite enthielt. Daſſelbe fand in dem vorliegenden Fall bey der exceptio doli Statt, denn auch

die exceptio doli fand gegen die genannteen Perſonen nicht Statt, ſondern bloß eine exceptio in factum, nach Ulpian

Fr. 4. §. 16. D. de doli mali et metus except. (44, 4.)

„Adversus parentes patronosque, neque doli exceptio neque alia quidem, quae patroni parentisve opinionem apud bonos mores suggillet, competere potest. In factum tamen erit excipiendum.“ — Die actio doli iſt nun eine actio arbitraria, wie die actio quod metus causa (S. 104), nach Paulus

Fr. 18. pr. u. §. 1. D. h. t.

„Arbitrio judicis in hac quoque actione restitutio comprehenditur: et, nisi fiat restitutio, sequitur condemnatio, quanti ea res est. Ideo autem et hic, et in metus causa actione, certa quantitas non adjicitur, ut possit per contumaciam suam tanti reus condemnari, quanti actor in litem juraverit. Sed officio judicis debet in utraque actione, taxatione jusjurandum refroenari.“ §. 1. Non tamen semper in hoc judicio arbitrio judicis dandum est. Quid enim, si manifestum sit, restitui non posse? veluti si servus dolo malo traditus defunctus sit: ideoque protinus condemnari debeat in id, quod intersit actoris.“ — Die Eigenſchaft als actio arbitraria fällt natürlich dann weg, wenn noch vor dem jussus judicis ſich zeigt, daß der Beklagte gar nicht mehr reſtituiren kann, wobey jedoch gleichfalls das oben S. 168 u. 169 bey der actio metus causa berührte nach den drey verſchiedenen Perioden vor und nach der Litis-Conteſtation und nach dem Erkenntniß in Anwendung kommt. Denn wozu ſollte auch ein jussus judicis noch führen, wo augenſcheinlich die Reſtitution gar nicht mehr denkbar iſt? — Die actio doli aber iſt eine bloß perſönliche, und nicht, wie die actio metus causa, in rem scripta. Die Hauptſtelle in dieſer Beziehung iſt Ulpians

Fr. 15. D. h. t.

„In hac actione designari oportet, cujus dolo factum sit: quamvis in metu non sit necesse“ — welche jedoch mit dem o. S. 106 abgedruckten Fr. 14. §. 3. des vorher-

gehenden Titels zu vergleichen iſt. — Statt in metu ſetzen die Baſiliken

L. X. tit. 3. Fr. 15. §. 3. (Ed. *Fabr.* Tom. I. 604. Ed. *Heimb.* Tom. I. p. 500.)

richtiger: „ἐπὶ τῆς διὰ φόβον αἰτιάσεως“, in actione quod metus causa“ — ja es war gerade dieß, daß die actio doli nur gegen denjenigen, welcher den dolus begangen hatte, gieng, ein Hauptgrund, aus welchem der Prätor die actio quod metus causa als eine beſondere Klage geſchaffen, und hierüber beſonders edicirt hatte, wie wir aus dem S. 89 abgedruckten Fr. 4. §. 33. D. de doli mali et met. except. erſehen. Allein mit der exceptio doli verhielt es ſich etwas anders. Zwar iſt auch dieſe exceptio bloß als eine perſönliche, d. h. bloß gegen die Perſon desjenigen, welcher dolo gehandelt, gerichtete anzuſehen nach dem o. a. Fr. 4. §. 33. D. de doli mali et met. except. (44, 4.) — Es belehrt uns aber Ulpian

Fr. 2. §§. 1. u. 2. D. de doli mali et met. except. (44, 4.)

§. 1. „Docere igitur debet is, qui objicit exceptionem dolo malo actoris factum: nec sufficiet ei, ostendere in re esse dolum: aut si alterius dicat dolo factum, eorum personas specialiter debebit enumerare: dummodo hae sint, quarum dolus noceat. §. 2. Plane ex persona ejus, qui exceptionem objicit, in rem opponitur exceptio: neque enim quaeritur, adversus quem commissus sit dolus, sed an in ea re dolo malo factum sit a parte actoris“ — daß die exceptio doli eine exceptio in rem — rei cohaerens — ſey, d. h., daß ſie nicht an die Perſon, ſondern vielmehr an die Sache, zunächſt an das Rechtsgeſchäft, bey welchem ein dolus vorgekommen, denn hier tritt ein, was Gajus

Fr. 23. D. de V. S. (50, 16.)

ſagt: „Rei appellatione et causae et jura continentur“ — geknüpft ſey, denn nicht an die Sache, welche Gegenſtand des dolus war, iſt ſie geknüpft, ſonſt würde ſie Ulpian eine exceptionem in rem scriptam genannt haben, ſondern an das Rechtsgeſchäft, bey welchem ein dolus begangen wurde, und daher geht ſie auch auf diejenigen, welche dem Rechtsgeſchäft als Nebenperſonen — Bürgen — beygetreten ſind, über — nach Paulus

Fr. 7. pr. u. §. 1. D. de except. (44, 1.)

„Exceptiones, quae personae alicujus cohaerent, non transeunt ad alios. §. 1. Rei autem cohaerentes etiam fidejussoribus competunt.“ — Man ſollte nach den obigen Stellen wohl glauben, daß die exceptio doli von demjenigen, welcher den dolus erlitten, Jedem, welcher irgend ein Klagerecht gegen ihn aus jener doloſen Handlung erworben, entgegen ſetzen könne. Daß aber dieß nicht der Fall ſey, und daß die exceptio doli gegen den dritten Beſitzer nur dann gerichtet werden könne, wenn er unter nicht beſchwerendem Rechtsgrund (titulo lucrativo), oder zwar unter beſchwerendem (titulo oneroso) erworben, an dem dolus ſeines Auctors aber Theil genommen hat, habe ich bereits im I. Bd. S. 558—562 gezeigt. Wie verhält es ſich aber dann, wenn der Dritte an dem dolus ſeines Auctors keinen Theil genommen, dieſen ſeinen Auctor aber ſelbſt geprellt hat? Doch hierüber will ich mich in einem Beyſpiel deutlicher erklären. A, welcher zu B. in ſehr freundſchaftlichen Verhältniſſen ſteht, weiß, daß B. eine große Anzahl gewiſſer Staatspapiere beſitzt. Unter der Maske der Freundſchaft bringt er ihm nun, als Geheimniß, die Nachricht bey, daß dieſe Staatspapiere bedeutend gefallen ſeyen. B. erſchrickt hierüber, und A. läßt nun, nachdem ſeine Nachricht die erwünſchte Wirkung auf den B. hervorgebracht, ein Wörtchen fallen, daß er bey ſeinen ausgebreiteten Handels- oder ſonſtigen Verhältniſſen dieſe Papiere im Augenblick wohl noch um einige höhere Procente annehmen könnte. Dieſes Anerbieten benützt B. und erläßt die Papiere dem A. in dem von ihm ſelbſt angebotenen Preiſe. A. im Taumel des Vergnügens über dieſe gelungene Speculation erzählt ſie, natürlich mit Weglaſſung derjenigen Umſtände, welche auf ſeinen Charakter nothwendig Schatten werfen müßten, einem Freunde C., dieſer aber ſchlauer als er, prellt nun ihn. Er verſichert ihn nehmlich, daß er hier ſo wenig ein gutes Geſchäft gemacht, daß er vielmehr hieran verlieren werde. Dieſe Papiere ſeyen wirklich unter denjenigen Preis, welchen er dafür bezahlt, herabgeſunken. Dieſe Lüge weiß nun C. dem A. ſo wahrſchenlich darzuſtellen, daß A. ſich glücklich fühlt, die von B. erkauften um einen geringeren Preis an C. zu verkaufen. Inzwi-

ſchen ſind dieſe Papiere bey dem B. liegen geblieben, und C. belangt nun den B. auf Herausgabe derſelben. B, dem inzwiſchen der an ihm verübte dolus kund geworden, verweigert ſie, und ſchützt die exceptio doli dahin vor: daß er von A, A. aber von C. widerrechtlich getäuſcht worden ſey. Iſt nun dieſer Einrede Platz zu geben? Ich verneine dieſe Frage, und zwar aus folgenden Gründen. Den dolus, welchen A. an B. verübt hat, kann B. gegen den C. nicht geltend machen, weil C. von ſeinem Auctor A. die Papiere erkauft, ſomit unter beſchwerendem Rechtsgrund erworben hat. Der dolus aber, welchen C. an A. verübt hat, berührt ja den B. nicht. Würde man nehmlich annehmen, daß B. ſeine exceptio doli auf den von C. an A. verübten dolus gründen könnte, ſo müßte man folgerecht auch annehmen, daß er ſelbſt in dem Falle, wenn B. von A. nicht getäuſcht worden wäre, ſondern dieſe Papiere in beſtehendem Cours an A. veräußert hätte, dem C. die Herausgabe der Papiere wegen des von ihm C. an A. begangenen dolus verweigern könnte. Hier berührt aber der dolus des C, welchen er an A. verübt, doch keineswegs den B. Man könnte mir zwar allerdings mit einigem Schein die oben (S. 137) abgedruckte Stelle Ulpians

Fr. 2. §. 2. D. de doli mali et met. except. (44, 4.)

entgegenhalten, und wenn man die Worte derſelben von „neque enim“ bis zum Ende etwa ſo überſetzen wollte: „denn es kommt nicht darauf an, gegen wen der dolus verübt worden, ſondern nur darauf, ob der dolus in dem fraglichen Rechtsgeſchäft von dem Kläger verübt worden“, ſo ließe ſich behaupten, daß es ja ganz einerley ſey, ob der A. bloß von C. betrogen worden, da ja die Perſon des Betrogenen durchaus nicht zu berückſichtigen ſey. So kann man aber jene Worte unmöglich überſetzen, ſondern ſie haben vielmehr nur den Sinn: es frage ſich immer, ob der Kläger, hier C, in ea re, d. h. in dem von A. mit B. abgeſchloſſenen Rechtsgeſchäft den Beklagten, Excipienten, betrogen habe, nicht davon, ob wirklich von ihm überhaupt adversus quem hier von C. gegen A. ein dolus begangen worden ſey. Das aber iſt nicht in Abrede zu ziehen, daß in einzelnen Fällen die Frage: Wer denn eigentlich derjenige ſey, welcher betrogen worden, qui dolum passus est, nicht

ſo ganz einfach ſey. Aber auch dieſe Frage läßt ſich mit Hülfe der obigen Grundſätze wohl beantworten. Derjenige iſt als der Betrogene anzuſehen, welcher wirklich von dem Andern zu einer ihm nachtheiligen Handlung bewogen wurde, nicht Derjenige, welcher in Folge dieſer Handlung mit dem Betrüger nachher ein Rechtsgeſchäft in gutem Glauben abgeſchloſſen hat. Anders freilich, wenn der Letztere an der betrügeriſchen Handlung des Erſteren Theil genommen hätte. Hat er aber keinen Theil genommen, ſo kann ihm der Betrug ſeines Auctors nur bey lucrativen Erwerbungen als Drittem ſchaden. Zwey mir wirklich vorgekommene Beiſpiele werden die Sache erläutern. Bekannt iſt, daß die Anleihen von dem vormaligen ſchwäbiſchen Kreiſe nach Aufhebung der Reichs- und Kreisverfaſſung inſolange nicht heimbezahlt, ja ſelbſt keine Zinſen entrichtet wurden, bis die Ausſcheidung der Schulden unter den verſchiedenen Souveränen, welchen die ehemals unter dem Kreiſe vereinigten Beſitzungen zugefallen, erfolgt war. — Daß dieſe Lage für diejenigen Gläubiger, welche vorzüglich von ihren Renten lebten, ſehr unangenehm war, läßt ſich denken. Kaum war daher auch die Ausſcheidung zwiſchen zwey Souveränen erfolgt, ſo entſtand bey ſehr vielen Gläubigern in einer vormaligen Reichsſtadt der Wunſch, mit den Zinsrückſtänden auch das Anleihen, welches ihnen — weil ſie ähnliche weitere Vorfälle befürchteten — entleidet war, zurückzuerhalten. — Allein ſchon die Bezahlung der Zinſen in Baarem fand Anſtand, und ſie mußten ſich bequemen, ſtatt des Zinſenbetrags neue Staatsobligationen anzunehmen, deren Verkauf jedoch, weil damals die Curſe ſehr niedrig ſtanden, mit großem Verluſt verbunden war. — Auf ihre Verlegenheit gründete nun ein verſchmitzter Taugenichts einen Plan, ſich Geld zu verſchaffen; er wußte nehmlich einige ſolche Gläubiger glauben zu machen, daß es ihm vermöge ſeiner Verbindungen gelingen werde, Kapitalien und Zinſe flüſſig zu machen, daß er aber hiezu die Obligationen nöthig habe, und dieſe mit Ceſſionen von Seiten der Gläubiger auf ihn verſehen ſeyn müßten. Die Leichtgläubigen ſtellten ihm nun die auf ihn cedirten Obligationen zu, und dieſe benützte er, um die Papiere in dem damaligen Curſe zu verkaufen. Jahre lang wußte

der Betrüger die armen Leute mit Hoffnungen hinzuhalten, bis dieſe endlich von der betreffenden Kaſſe Nachricht erhielten, daß ſie gar nicht mehr als Gläubiger eingetragen ſeyen, indem ſie ja ſchon längſt ihre Papiere an den Betrüger, und dieſer ſie wieder an einen Andern verkauft haben. Nun wandten ſich die Betrogenen an den dritten Beſitzer dieſer Papiere, und vindicirten ſie. Daß der dritte Beſitzer gegen ſie dolose gehandelt habe, behaupteten ſie gar nicht, ſie gaben vielmehr zu, daß lediglich der Auctor des Beklagten ihnen doloſerweiſe die Papiere abgeſchwatzt habe, führten aber aus, daß ſomit auch die Ceſſion des Letzteren auf den Beklagten nichtig ſey, und daß der Beklagte — nicht ſie, die Kläger — die Betrogenen ſeyen. Ganz richtig erwiederte ihnen der Beklagte: dadurch, daß der Betrüger ihnen die Papiere und die Ceſſionen abzuſchwatzen gewußt habe, habe er ſie, nicht ihn betrogen, denn durch ihre Ceſſionen haben ſie ihm ja das Mittel an die Hand gegeben, die Papiere zu verkaufen. Nicht er ſey betrogen worden, denn er habe ja auf den Betrüger cedirte Papiere gekauft, ſondern ſie, welche ja zu dieſem Betrug die Mittel an die Hand gegeben, er ſelbſt habe ſie ohnehin nicht getäuſcht, ſondern ſey bloß der ſinguläre Rechtsnachfolger des Betrügers unter beſchwerendem Rechtsgrund, und es wurde auch ganz richtig für den Beklagten erkannt. Gegen ihn hätte freilich dann erkannt werden müſſen, wenn die Kläger behauptet und nachgewieſen hätten, daß der Betrüger eigentlich nur ein verkappter Agent des Beklagten geweſen ſey, welcher gegen gewiſſe Procente dergleichen Geſchäfte für den Beklagten gemacht habe. — Kaum hatte jedoch der Beklagte dieſen Sieg davon getragen, ſo wurde er von einem neuen Rechtsſtreite bedroht. Denn einige von dieſen Leuten, welche ihre Leichtglaubigkeit zu dem fraglichen Betrüger geführt hatte, nahmen zwar keinen Anſtand, ihm die Papiere zu verabfolgen, dagegen waren ſie zu Ceſſionen derſelben auf ihn nicht zu bewegen. Um nun auch dieſe veräußern zu können, war der Betrüger genöthigt, zu falſchen Ceſſionen ſeine Zuflucht zu nehmen, und derſelbe Beklagte erkaufte von ihm mehrere mit falſchen Ceſſionen verſehene Papiere. Dieſe Leute traten nun gleichfalls gegen den Beklagten, welcher auch ihnen von der

Kaſſe als Beſitzer benannt worden, auf, reklamirten ihre Papiere, und machten vorzüglich den Umſtand geltend, daß nicht ſie die Papiere auf ſeinen Auctor cedirt, ſondern dieſer ſie mit falſchen Ceſſionen verſehen habe. Der Beklagte war nun anfänglich der Meinung, daß auch dieſe, wie die vorigen Kläger, und zwar aus den ganz gleichen Gründen abgewieſen werden müßten. Er ſuchte nehmlich vorzüglich das geltend zu machen, daß dieſe Kläger gerade dadurch, daß ſie die Papiere, wenn gleich nicht mit Ceſſionen verſehen, dem Betrüger ausgefolgt hätten, die Veranlaſſung zu dem Betrug gegeben, ſomit alſo dieſer auch nur ſie, nicht ihn betrogen habe. Allein in dieſem Rechtsſtreit unterlag der Beklagte, denn der Betrüger hatte offenbar nur ihn, nicht die Kläger betrogen. Denn dieſe hatten gerade deßwegen, damit an ihnen kein Betrug verübt werden könne, die Ceſſionen verweigert. Hatte nun aber der Betrüger die Papiere mit falſchen Ceſſionen verſehen, ſo hatte er ja eben damit, indem er die falſchen Ceſſionen dem Beklagten als ächte vorſpiegelte — und dieſer, den falſchen Unterſchriften trauend, ſich nicht von deren Aechtheit näher unterrichtete, den Beklagten betrogen; ſo wenig daher die Kläger im vorigen Falle behaupten konnten, daß nicht ſie, ſondern der Beklagte betrogen worden ſey, ſo wenig konnte der Beklagte im letzteren Falle behaupten, daß nicht er, ſondern die Kläger betrogen worden ſeyen, oder mit andern Worten, im erſteren Falle hatte der Betrüger dadurch, daß er ſich die Papiere cediren ließ, mit den Klägern ein betrügliches Rechtsgeſchäft eingegangen, und auf den Grund deſſelben hatte er das mit dem Beklagten abgeſchloſſene gebaut, im letzteren Falle aber war er mit den Klägern nur im Mandatsverhältniß geſtanden, und nur mit dem Beklagten hatte er, aber nicht als Mandant der Kläger, ſondern als deren vermeintlicher Ceſſionar ein Rechtsgeſchäft, nehmlich den Papierverkauf, abgeſchloſſen. Das Ergebniß unſerer bisherigen Unterſuchung wäre daher:

a) Die actio doli iſt immer nur eine perſönliche Klage, und kann bloß gegen denjenigen gerichtet werden, welcher den dolus begangen hat;

b) die exceptio doli aber iſt theils

α) eine exceptio rei cohaerens, inſofern ſie gegen den dritten Beſitzer, welcher unter nicht beſchwerendem Rechtsgrund (titulo lucrativo), oder zwar unter beſchwerendem Rechtsgrund (titulo oneroso) erworben, aber Antheil an dem dolus genommen hat;

β) eine exceptio personalis, inſofern ſie gegen den dritten Beſitzer, welcher unter beſchwerendem Rechtsgrund erworben, und keinen Antheil an dem dolus genommen hat, — gerichtet iſt.

Ich kehre nun wieder zu der actio doli zurück. Gegen die Erben des Verletzenden, inſoferne jedoch ſie ſelbſt nicht Antheil an dem dolus genommen haben, geht die infamirende actio doli nicht, ſondern bloß die nicht infamirende (actio in factum), und nur, inſoweit ſie bereichert worden ſind. Dieß erſehen wir aus Ulpians

Fr. 17. §. 1. D. h. t.

„Haec actio in haeredem et caeteros successores datur, dumtaxat de eo, quo ad eos pervenit." — Gajus

Fr. 26. D. h. t.

„In haeredem eatenus daturum se eam actionem Proconsul pollicetur, quatenus ad eum pervenerit: id est, quatenus ex ea re locupletior ad eum haereditas venerit." — Paulus

Fr. 27. D. h. t.

„Dolove malo ejus factum est, quo minus pervenerit." — und Gajus

Fr. 28. D. h. t.

„Itaque si accepto lata sit tibi pecunia, omnimodo cum haerede tuo agetur. At si res tibi tradita sit, si quidem mortuo te, ea res extitit, agetur cum haerede tuo: si minus, non agetur. Sed utique in haeredem perpetuo dabitur: quia non debet lucrari ex alieno damno. Cui conveniens est, ut et in ipso, qui dolo commiserit, in id, quod locupletior esset, perpetuo danda sit in factum actio." — Zu Ulpians Fr. 17. aber habe ich zu bemerken, daß unter den Worten „heredibus caeterisque successoribus" nur die prätoriſchen Erben, die bonorum possessores, keineswegs aber die successores singulares zu ver=

ſtehen ſind, von welchen bereits oben die Rede war, und welche nur insoweit haften, als ſie titulo lucrativo erworben, oder Antheil an dem dolus genommen haben. Daß aber der Zeitpunkt, nach welchem das quantum ad eos pervenit zu bemeſſen ſey, wie bey der actio quod metus causa (S. 111 und 112) der der Litis-Conteſtation ſey, bezweiſle ich nicht. Inwiefern Unmündige mittelſt der actio doli belangt werden können? davon handelt Ulpian

Fr. 13. §. 1. D. h. t.

„Item in causae cognitione versari Labeo ait. Ne in pupillum de dolo detur actio, nisi forte nomine haereditario conveniatur. Ego arbitror, et ex suo dolo conveniendum, si proximus pubertati est: maxime si locupletior ex hoc factus est." — Wegen eines von ihm begangenen dolus kann er nur dann belangt werden, wenn er pubertati proximus iſt. Wer aber als pubertati proximus anzuſehen ſey? habe ich bereits (I. Bd. S. 177—179) gezeigt; ob er aber ex suo dolo in jedem Fall, oder nur, wenn er hiedurch bereichert worden iſt, belangt werden könne? darüber drückt ſich freilich Ulpian mit ſeinem maxime ziemlich zweydeutig aus, unzweydeutig aber dafür, daß es in jedem Fall unbedingt für den von ihm begangenen dolus einzuſtehen habe, in dem

Fr. 4. §. 26. D. de doli mali et met. except. (44, 4.)

„De dolo autem ipsius minoris XXV. annis exceptio utique locum habebit. Nam et de pupilli dolo interdum esse excipiendum, nequaquam ambigendum est, ex ea aetate quae dolo non careat. Denique Julianus quoque saepissime scripsit, doli pupillos, qui prope pubertatem sunt, capaces esse. Quid enim si debitor ex delegatu pupilli pecuniam creditori ejus solvit? fingendus est (inquit), pubes esse, ne propter malitiae ignorantiam bis eandem pecuniam consequatur. Idem servandum in furioso ait, si, cum existimaretur compos mentis esse, jusserit debitorem creditori solvere: vel si, quod exigit, domi habeat" — daß er aber als Erbe oder als ſingulärer titulo lucrativo erwerbender Nachfolger nur in quantum locupletior, und zwar wie bey der actio quod metus causa litis contestatae tempore haftet (S. 111 u. 112), daran iſt wohl

nicht zu zweifeln. Daß nun die actio doli wie die actio quod metus causa urſprünglich nur intra annum, aus welchem nachher ein annus utilis geworden, angeſtellt werden konnte, liegt ſchon darin, daß urſprünglich die actio quod metus causa in der actio doli lag, und erſt durch ein ſpäteres Edict als eine beſondere für ſich beſtehende Klage ertheilt wurde (vgl. oben S. 89), ſodann aber ſagt uns dieß der Imperator Conſtantin in einer Conſtitution, in welcher er der Dauer der actio doli eine andere Friſt vorſchrieb. Dieſe Conſtitution mag nun hier vorerſt eine Stelle finden.

Const. un. C. Theod. de dolo malo (2, 15.)

„Optimum duximus, non ex eo die, quo se quisque admissum dolum didicisse memoraverit, neque intra anni utile tempus, sed potius ex eo die, quo asseritur commissus dolus, intra continuum tempus anni, reis, quibus esse decertandi jus invenitur, hujusmodi actionem causa cognita deferri; ita ut, si forte is, contra quem res agitur, longius ullo genere discesserit, nec denunciandi necessitate petitor oneretor, nec ejus, qui aberit, praesentia postuletur. Nec tamen assistere, si velit, quisquam prohibeatur examini, contra quem decernenda intentio hujusmodi fuerit expetita: ita ut, impetrata doli actione, lis ad suum judicem translata intra biennii spatium decidatur, ratione temporis custodita, cum legitime fuerit apud suum judicem coepta, exemplo litium ceterarum. Perpetuo vero silentio conquiescat, nisi ex die, quo impetrata fuerit actio, intra continuum biennium, quod sequitur, omnis lis fuerit decisa. Omnes igitur sciant, neque incipiendae post biennium, neque ante completum biennium coeptae, post biennium finiendae doli actionis concessam licentiam.“ — Dieſe Conſtitution, wonach an die Stelle des früheren annus civilis ein annus continuus trat, welcher von der Zeit des begangenen Betrugs an lief, und wonach der Rechtsſtreit hierüber innerhalb zwey Jahre beendigt ſeyn mußte, wurde bey ihrer Aufnahme in den Codex repetitae praelectionis, vielleicht ſchon bey der in den früheren Juſtinianeiſchen Codex

Const.

Const. 8. C. de dolo malo (2, 52.)

„Optimum duximus, non ex eo die, quo se quisque admissum dolum didicisse commemoraverit, neque intra anni utilis tempus, sed potius ex eo die, quo adseritur commissus dolus, intra continuum biennium de dolo actionem moveri: sive abſuerit, sive praesto sit is, qui dolum se passum esse conqueritur. Omnes igitur sciant neque incipiendae post biennium, neque ante completum biennium coeptae, post biennium vero ſiniendae doli actionis esse concessam licentiam" — jedoch nur darin verändert, daß ſtatt des anni continui ein biennium beſtimmt wurde. Vergleichen wir nun die Faſſung dieſer beyden Conſtitutionen mit einander, ſo ergibt ſich deutlich, daß in dem Cod. rep. praelect. alles dasjenige ſorgfältig ausgelaſſen worden iſt, was ſich auf das litigare per formulas bezog, und ſomit auf die Ertheilung der Formeln durch den Prätor Bezug hatte. In der Conſtitution Conſtantins konnte und mußte ſolches noch eine Stelle finden, denn damals waren die formulae noch nicht aufgehoben, dagegen mußte ſolches in der in den Cod. rep. praelat. aufgenommenen Conſtitution weggelaſſen werden, weil die Formeln nachher durch den Imperator Theodos (vgl. S. 456) aufgehoben worden ſind. Merkwürdig aber iſt, daß zugleich auch für die Beendigung eines ſolchen Rechtsſtreits eine beſtimmte Friſt vorgeſchrieben wurde. Uebrigens verjährt ſich nur die infamirende, d. h. die eigentliche actio doli, innerhalb der angegebenen Zeitfriſt, nicht die nicht infamirende actio doli in factum, denn dieſe war offenbar eine perpetua, welche ſich jetzt innerhalb dreißig Jahre (vgl. S. 113) verjährt. Hinſichtlich des Betrags aber unterſcheidet ſich die eigentliche actio doli von der actio doli in factum darin, daß letztere bey denjenigen, welche wegen perſönlicher Verhältniſſe (S. 134) die actio doli gar nicht anſtellen konnten, während der ganzen dreißigjährigen Verjährungsfriſt auf den ganzen Betrag geht, bey denjenigen aber, welche die actio doli innerhalb der Verjährungsfriſt anſtellen konnten, nur inſoweit, als ſie durch den dolus bereichert ſind, wobey dann wieder wohl nur der Zeitpunkt der Litis-Conteſtation (S. 112) entſcheidet, denn

für den letzteren Fall beſchränkt **Ulpian** in dem S. 143 abgedruckten

Fr. 28. D. h. t.

und deſſen mit „Cui conveniens est“ beginnenden Satze die actio doli in factum auf das „in id, quod locupletior esset“ ganz ausdrücklich. Haben Mehrere einen dolus begangen, und iſt nur Einer belangt, von dieſem aber Entſchädigung geleiſtet worden, ſo werden hiedurch alle Andern von der actio doli befreit, nach **Ulpian**

Fr. 17. pr. D. h. t.

„Si plures dolo fecerint, et unus restituerit, omnes liberantur: quod si unus, quanti ea res est, praestiterit, puto adhuc caeteros liberari. — Inſofern aber noch keine vollſtändige Entſchädigung geleiſtet iſt, haften immer noch die übrigen. Denn hier entſcheidet gewiß die Analogie der actio quod metus causa S. 106.

Tit. 4.

De minoribus XXV. annis.

§§. 456—459. S. 536—574.

Ehe ich zu der Lehre von der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand der Minderjährigen eingehe, muß ich Einiges hier vorausſchicken, was ich freilich erſt bey der Lehre von der Tutel und Curatel näher begründen kann. Das Römiſche Recht kannte impuberes und puberes. Die Pubertät trat bey Männern mit dem zurückgelegten vierzehnten, bey Frauenzimmern mit dem zurückgelegten zwölften Jahre ein (vgl. I. Bd. S. 181—183). Die puberes theilte aber das Römiſche Recht wieder in majores und minores ein. Erſtere waren Diejenigen, welche das 25ſte Lebensjahr zurückgelegt hatten, Letztere ſolche, welche das fünfzehnte, beziehungsweiſe dreizehnte Lebensjahr zurückgelegt, dagegen das 26ſte noch nicht angetreten hatten. Zwar waren allerdings auch die impuberes noch minores im weiteren Sinne des Worts, wenn aber das Römiſche Recht

von „minoribus“ ſpricht, ſo hat es zunächſt ſolche im Auge, welche zwar das fünfzehnte, beziehungsweiſe dreizehnte Lebensjahr zurückgelegt, dagegen das 26ſte noch nicht angetreten hatten. In dem vorliegenden Titel aber ſind unter den minoribus auch die impuberes begriffen. Die impuberes ſtanden nun unter Tutel. Die Tutel war eine Zwangsanſtalt. Der Unmündige mußte ſich der Tutel unterwerfen. Der mündige Minderjährige dagegen hatte die Wahl, ſich unter Curatel zu ſtellen, oder nicht. So gab es alſo auch Minderjährige, welche unter Curatel ſtanden, und ſolche, welche einen ſolchen Rechtsſchutz verſchmähten. — Daß nun der Unmündige, wenn er ohne die auctoritas tutoris ein Rechtsgeſchäft abgeſchloſſen hatte, an ein ſolches nicht gebunden war, wenn dieſes Rechtsgeſchäft ihm Nachtheil brachte, muß ich auch hier vorausſetzen. War ein ſolches Rechtsgeſchäft ihm nachtheilig, ſo wurde es als nichtig angeſehen, d. h. der Prätor ertheilte demjenigen, welcher den Unmündigen auf den Grund eines ſolchen Rechtsgeſchäfts belangen wollte, gar keine Klage — es bedurfte alſo auch hier keiner exceptio, weil jede exceptio eine actio, welche ja hier gar nicht Statt fand, vorausſetzte. Nun konnte aber gar wohl der Unmündige auch durch ein ſolches Rechtsgeſchäft verletzt ſeyn, welches er auctore tutore abgeſchloſſen hatte. Hier war nun wenigſtens die Form gewahrt, und aus einem ſolchen Rechtsgeſchäft mußte der Prätor eine Klage ertheilen, und dagegen hätte er allerdings dem impubes eine actio oder exceptio, je nachdem er als Kläger oder Beklagter aufzutreten hatte, ertheilen können, er wählte aber einen andern Weg, nehmlich den der restitutio in integrum. Worin ſich dieſe vorzüglich von der Ertheilung einer actio oder exceptio unterſchied? werde ich unten zeigen. Schon dieß mag übrigens genügen, zu beweiſen, daß unſer Titel unter den minoribus auch die impuberes begreift, denn wenn dieſe tutore auctore nachtheilige Rechtsgeſchäfte abgeſchloſſen hatten, blieb ihnen nichts als die restitutio in integrum übrig. Bey den Minderjährigen, im engern Sinne des Worts, blieb es dagegen lange zweifelhaft: ob ſie nur dann, wenn ſie consensu curatoris ein ihnen nachtheiliges

Rechtsgeſchäft abgeſchloſſen hatten, oder auch dann, wenn ſie entweder gar keinen Curator hatten, oder dieſer nicht conſentirt hatte, zu der restitutio in integrum ihre Zuflucht nehmen müſſen, eine Controverſe, welche erſt die Imperatoren Diocletian und Maximian in der

Const. 3. C. de in integr. restit. minor. XXV. annis (2, 22.)

(welche eben deßwegen auch die Baſiliken

L. X. tit. 4. Fr. 53. (Ed. *Fabr.* Tom. I. p. 635. Ed. *Heimbach* Tom. I. p. 514.)

als eine, „θαυμαστὸν νόμιμον“, — „mirabilem causam“ enthaltende bezeichnen) entſchieden haben. „Si *curatorem habens* minor XXV annis post pupillarem aetatem res vendidisti, *hunc contractum servari non oportet*, cum non absimilis ei habeatur minor curatorem habens, cui à Praetore, curatore dato, bonis interdictum est. Si vero *sine curatore constitutus* contractum feciſti, *implorare in integrum restitutionem*, si necdum tempora praefinita excesserint, causa cognita non prohiberis.“ Durch dieſe Conſtitution wurde nun die frühere Controverſe dahin erledigt: ſolche minores, d. h. eigentliche minores im engeren Sinne des Worts, welche keinen Curator haben, können ſich gegen ein Rechtsgeſchäft, wodurch ſie verletzt ſind, bloß reſtituiren laſſen; ſolche Minderjährige aber, welche einen Curator haben, können bloß mit Einwilligung des Letzteren gültige Rechtsgeſchäfte abſchließen. Sind ſie aber durch Rechtsgeſchäfte, welche ſie mit Einwilligung ihrer Curatoren abgeſchloſſen haben, verletzt, ſo können ſie ſich dagegen bloß reſtituiren laſſen. Dieß vorausgeſetzt wollen wir vorerſt einmal unterſuchen, was denn die restitutio in integrum minorum eigentlich ſey, und worin ihre ſpecifiſche, ſie von andern Rechtsſchutzmitteln unterſcheidende, Eigenſchaft beſtehe? Hier kommt nun vorerſt Ulpians

Fr. 1. pr. D. h. t.

„Hoc edictum Praetor naturalem aequitatem secutus proposuit: quo tutelam minorum suscepit: nam cum inter omnes constet, fragile esse, et infirmum hujusmodi aetatum (is) consilium, et multis captionibus suppositum, multorum insidiis expositum: auxilium eis Praetor hoc edicto pollicitus est, et adversus captiones opi-

tulationem“ — in Betracht. In dieſer Stelle ſind nun die Worte quo nehmlich Edicto tutelam minorum suscepit ſehr merkwürdig. Eine tutelam minorum gab es nehmlich nur inſofern, als die minores noch impuberes waren, dagegen ſtanden ja die eigentlichen minores bloß unter Curatel, welche übrigens keine Zwangsanſtalt war. — Allein auch die Tutel und Curatel konnten die minores im weitern Sinne des Worts nicht ganz ſchützen. Denn ſie konnten ja auch auctoritate tutorum und consensu curatorum nachtheilige Rechtsgeſchäfte eingehen. Dieſe Rechtsgeſchäfte aber waren nach der Strenge des Civil-Rechts gültig, während die sine auctoritate tutorum und consensu curatorum eingegangenen ungültig — nichtig — waren, d. h. aus ihnen gar kein Klagerecht entſtand. Nun konnte allerdings der Prätor, welcher das jus civile nie in der Fronte, ſondern nur in der Flanke und von hinten angreifen konnte (vgl. I. Bd. S. 135), eine Klage aus einem consensu curatoris oder auctoritate tutoris abgeſchloſſenen Rechtsgeſchäft nicht verſagen, wenn gleich ſolches für den Unmündigen oder Minderjährigen nachtheilig war, denn damit hätte er ja geradezu gegen das jus civile angeſtoßen; er mußte vielmehr ein Mittel erfinden, wodurch auf der einen Seite die Gültigkeit, beziehungsweiſe Klagbarkeit, eines ſolchen Rechtsgeſchäfts anerkannt, auf der andern Seite aber doch den Unmündigen oder Minderjährigen der Rechtsſchutz zu Theil wurde, und dieſes Mittel fand er nun in der restitutio in integrum, über welche er ſich in den Worten des Edicts, wie ſie uns Ulpian aufbewahrt hat, alſo äußert

Fr. 1. §. 1. D. h. t.

„Praetor edicit: quod cum minore, quam viginti quinque annis natu gestum esse dicetur: uti quaeque res erit, animadvertam.“ — Hier iſt nun allerdings zwiſchen den minoribus im engeren Sinne des Worts, welche einen Curator, und das Rechtsgeſchäft ohne Einwilligung deſſelben abgeſchloſſen hatten, ſodann zwiſchen dieſen und denjenigen, welche keinen Curator hatten, noch nicht unterſchieden. Wie verfuhr nun hiebey der Prätor, und worin beſtand das animadvertere deſſelben? In dem

Fr. 24. §. 5. D. h. t.

äußert ſich Paulus: „Ex hoc Edicto nulla propria actio vel cautio proficiscitur: totum enim hoc pendet ex Praetoris cognitione.“ — In Ulpians

Fr. 13. §. 2. D. h. t.

welches von der Reſtitution gegen eine Veräußerung handelt, wird geſagt, dieß geſchehe „vel cognitione Praetoria vel rescissa alienatione, dato in rem judicio.“ — Paulus

Fr. 24. §. 4. D. h. t.

„Itaque si in vendendo fundo circumscriptus restituetur, jubeat Praetor, emtorem fundum cum fructibus reddere et pretium recipere ſpricht von einem jussus Praetoris.“ — In dem

Fr. 25. pr. D. h. t.

„Illud nullam habet dubitationem, quin minor si non debitum solverit ex ea causa, ex qua jure civili repetitio non est danda, sit ei utilis actio ad repetendum: cum et majoribus viginti quinque annis justis ex causis dari solet repetitio“ — erwähnt Gajus einer utilis actio, welche dem Minderjährigen zuſtehe. Eben derſelbe ſpricht

Fr. 27. §. 1. D. h. t.

„Praedium quoque si ex ea pecunia pluris, quam oporteret, emit, ita temperanda res erit, ut jubeatur venditor reddito pretio recuperare praedium, ita ut sine alterius damno etiam creditor a juvene suum consequatur.“ — „Item ex diverso, si minore pretio, quam oportet, vendiderit adolescens: emptor quidem juberi debebit praedia cum fructibus restituere: juvenis autem eatenus ex pretio reddere, quatenus ex ea pecunia locupletior est“ — wie oben Paulus, von einem jussus Praetoris, und

§§. 2. u. 3.

§. 2. „Si minor annis viginti quinque sine causa debitori acceptum tulerit, non solum in ipsum, sed et in fidejussores et in pignora actio restitui debet. Et, si ex duobus reis alteri acceptum tulerit, in utrumque restituenda est actio. §. 3. Ex hoc intelligimus, si damnosam sibi novationem fecerit, forte si ab idoneo debitore ad

inopem novandi causa transtulerit obligationem, oportere eum in priorem debitorem restitui“ — von einer restitutio actionis, und denſelben Ausdruck finden wir auch in Calliſtratus

Fr. 45. pr. D. h. t.

„Etiam ei, qui prius, quam nasceretur, usucaptum amisit, restituendam actionem, Labeo scribit. — Der Prätor ſcheint nun offenbar auch kein regelmäßiges Verfahren eingehalten, ſondern die Sache ſehr willkürlich behandelt zu haben. War die Sache ſehr einfach, ſo reſtituirte er ſelbſt vermöge eines jussus, und dann hatte der Handel cognitione praetoria ein Ende. Die Frage: ob eine Reſtitution in dem vorliegenden Falle zuläſſig ſey? mußte ja jedenfalls von dem Prätor — in jure — verhandelt und entſchieden werden, und war einmal dieſe Frage im Reinen und entſchieden, ſo war wohl in den meiſten Fällen die Sache ſo geartet, daß der Prätor ſie durch einen jussus erledigen konnte. Hatte aber der Prätor einen Fall vor ſich, wo die Realiſirung der ertheilten Reſtitution Schwierigkeiten hatte, ſo verwies er die Sache — aber nur in Beziehung auf die Folgen der Reſtitution an den judex. Dieſer hatte aber nicht über die Frage: ob Reſtitution zu erkennen ſey? ſondern nur über die Folgen der ſchon vom Prätor ertheilten Reſtitution zu erkennen. — Setzen wir nun den Fall: der Minderjährige hatte mit Einwilligung ſeines Tutors oder Curators ein Grundſtück veräußert, und ſuchte gegen den Verkauf ſchon den zweyten Tag Reſtitution nach. Die causae cognitio, d. h. die Frage: ob der Minderjährige auch in der Art verletzt ſey, daß er gegen dieſen Verkauf reſtituirt werden könne? war nun ganz Sache des Prätors. War aber einmal dieſe Frage entſchieden, wozu noch ein judicium? der jussus Praetoris war ja hinreichend. Setzen wir nun aber den Fall, der Käufer beſaß das Grundſtück ſchon zwey Jahre. Hier waren nun offenbar die Folgen der Reſtitution bedenklicher; ſetzen wir ferner den Fall, der minor behauptete, er habe den Kaufſchilling verpraßt, der Käufer aber, er ſey hiedurch bereichert. Hier war die Sache mit dem bloßen rescissio des Kaufs noch nicht abgethan, der Prätor

begnügte ſich daher auch bloß die Reſciſſion auszuſprechen, die Folgen der Reſtitution aber dem judicium zu überlaſſen. Eine eigene Klage ertheilte freilich der Prätor dem minor nicht, ſondern er gab ihm nur diejenige, welche er gehabt hätte, wenn das Rechtsgeſchäft nicht abgeſchloſſen worden wäre, ſomit alſo im obigen Veräußerungsfalle die rei vindicatio oder actio Publiciana. Hatte der minor eine Klage verloren, ſo wurde ihm ja durch die Reſtitution dieſe wieder eingeräumt, und darin unterſcheidet ſich nun die Reſtitution von den übrigen Rechtsmitteln, welche ſich der Reſtitution nähern, weſentlich, weil bey letzteren der Prätor ohne vorgängige Reſtitution eine eigene Klage „metus causa, doli" ertheilte. Dieß iſt aber auch Alles, was ich über das judicium rescindens und rescissorium zu ſagen weiß, und dieſe Sache würde keinen ſo großen Lärm und keinen ſo großen Streit veranlaßt haben, wenn man nicht die actio doli etc. auch als Reſtitutionen angeſehen hätte. — Daß nun die Reſtitution dann nicht Statt finde, wenn dem zu Reſtituirenden ein anderes Rechtsmittel zu Gebot ſteht, lehrt Ulpian

Fr. 16. pr. u. §. 1. D. h. t.

„In causae cognitione etiam hoc versabitur, num forte alia actio possit competere citra in integrum restitutionem. Nam si communi auxilio, („πολιτικὴ βοήθεια" „civile auxilium" Basil. L. X. tit. 4. §. 16. Ed. *Fabr.* Tom. I. p. 522. Ed. *Heimb.* Tom. I. p. 509) et mero jure munitus sit, non debet ei tribui extraordinarium auxilium. Utputa cum pupillo contractum est sine tutoris auctoritate, nec locupletior factus est. §. 1. Item relatum est apud Labeonem, si minor circumscriptus societatem coierit, vel etiam donationis causa, nullam esse societatem, nec inter majores quidem: et ideo cessare partes Praetoris. Idem et Ofilius respondit: satis enim ipso jure munitus est" — und dieſe Schlußfolge iſt auch ganz richtig, denn wie ſollte die restitutio in integrum ein Rechtsmittel des Prätors, wodurch er bloß eine Lücke des Civilrechts ergänzen wollte, nothwendig ſeyn, wo ſchon das Civilrecht hinreichenden Rechtsſchutz gewährte? ja wie hätte ſich in dem Fall, wenn der impubes minor sine auctoritate tutoris, der pubes minor sine consensu

curatoris gehandelt hatte, eine Reſtitution auch nur denken laſſen? da ja eine Klage aus einem ſolchen Rechtsgeſchäft gar nicht denkbar war. Wenn nun der minor auctoritate tutoris oder consensu curatoris einen Geſellſchaftsvertrag, welcher ihm nachtheilig war, eingegangen hatte, und gerade darin, daß er ihn eingegangen hatte (in eo ipso ut coiret) ähnlich dem eo ipso ut venderet (vgl. Bd. I. S. 546—551), d. h. per dolum causam dantem überliſtet war, ſo konnte er nicht reſtituirt werden, ſondern er mußte wie der Volljährige, welcher auf ähnliche Weiſe überliſtet worden, mittelſt der actio pro socio als einer actio bonae fidei, welche die actio doli implicite enthielt, auf Aufhebung deſſelben antragen, nach Paulus

Fr. 5. §. 3. D. pro socio (17, 2.)

„Societas, si dolo malo aut fraudandi causa coita sit, ipso jure nullius momenti est: quia fides bona contraria est fraudi et dolo." — Das Gleiche war der Fall, wenn er nur donationis causa einen Geſellſchaftsvertrag eingegangen hatte, indem ein ſolcher nach Ulpian

Fr. 5. §. 2. D. pro socio (17, 2.)

„Donationis causa societas recte non contrahitur." — und

Fr. 32. §. 4. D. de donat. inter vir. et uxor. (24, 1.)

„Societas donationis causa contracta jure vulgato (i. e. communi) nulla est" — ſchon nach gemeinem Recht — das jus commune hier dem jus singulare minorum entgegengeſetzt — nichtig iſt. — Daher auch Ulpian

Fr. 16. §. 3. D. h. t.

die ganz richtige Regel ertheilt: „Et generaliter probandum est, ubi contractus non valet, pro certo Praetorem se non debere interponere." — Ueberhaupt aber darf die Reſtitution nicht über die Gebühr ausgedehnt werden, und eine Regel, von deren Anwendung auf die beſondern Fälle weiter unten die Rede ſeyn wird, ſtellt Paulus auf

Fr. 24. §. 1. D. h. t.

„Non semper autem ea, quae cum minoribus geruntur, rescindenda sunt, sed ad bonum et aequum redigenda sunt, ne magno incommodo hujus aetatis homines adficiantur, nemine cum his contrahente: et quodammodo commercio eis interdicetur. Itaque nisi aut manifesta

circumscriptio sit, aut tam negligenter in ea causa versati sunt: Praetor interponere se non debet" — und Ulpian

Fr. 44. D. h. t.

„Non omnia, quae minores annis viginti quinque gerunt, irrita sunt. Sed ea tantum, quae causa cognita, ejusmodi deprehensa sunt: vel ab aliis circumventi, vel sua facilitate decepti, aut quod habuerunt, amiserunt, aut quod adquirere emolumentum potuerunt, omiserint: aut se oneri, quod non suscipere licuit, obligaverunt." — Es kann daher auch der minor gegen ein Rechtsgeſchäft, welches bloß zufälligerweiſe für ihn einen nachtheiligen Erfolg hatte, nicht reſtituirt werden, nach Ulpian

Fr. 11. §. 4. D. h. t.

„Item non restituetur, qui sobrie rem suam administrans occasione damni non inconsulte accidentis, sed fato velit restitui. Nec enim eventus damni restitutionem indulget, sed inconsulta facilitas. Et ita Pomponius libro vicesimo octavo scripsit. Unde Marcellus apud Julianum notat, si minor sibi servum necessarium comparaverit, mox decesserit, non debere eum restitui. Neque enim captus est emendo sibi rem pernecessariam, licet mortalem." — Hiemit müſſen wir jedoch auch den

§. 5.

vergleichen: „Si locupleti haeres extitit, et subito haereditas lapsa sit: (puta praedia fuerunt, quae chasmate perierunt, insulae exustae sunt, servi fugerunt, aut decesserunt), Julianus quidem libro quadragesimo sexto sic loquitur, quasi possit minor in integrum restitui: Marcellus autem apud Julianum notat, cessare in integrum restitutionem: neque enim aetatis lubrico captus est adeundo locupletem haereditatem: et quod fato contingit, cuivis patrifamiliâs, quamvis diligentissimo, possit contingere. Sed haec res adferre potest restitutionem minori, si adiit haereditatem, in qua res erant multae mortales, vel praedia urbana, aes autem alienum grave: quod non prospexit posse evenire, ut demoriantur mancipia, praedia ruant: vel quod non cito distraxerit haec, quae multis casibus obnoxia sunt." — In dem erſten

Abſatz bis „contingere“ erwähnt nun Ulpian eines Streits zwiſchen Julian und Marcellus, Julian war nehmlich der Anſicht, daß auch dann, wenn der minor natürlich immer auctoritate tutoris oder consensu curatoris eine ihm vortheilhafte Erbſchaft angetreten, dieſe aber ſich durch unglückliche Zufälle, z. B. Viehſeuchen, Brandunglück, Unglück durch Erdbeben, χάσμα, Verſenkungen von Grundſtücken ſehr vermindert habe, der minor reſtituirt werden könne; was jedoch Marcellus und mit ihm Ulpian in Abrede ziehen. — Allein eines ganz andern Falls gedenkt Ulpian in dem zweyten Abſatze von „Sed haec res“ bis zum Ende, denn dort läßt er die Reſtitution zu, wenn der minor eine Erbſchaft angetreten hatte, in welcher viele dem Verderben ausgeſetzten Sachen ſich befanden, welche der minor nicht ſogleich veräußert hatte, und dieſe eben deßwegen zu Grunde giengen, während ſich nachher erſt Erbſchafts-Schulden zeigten, welche zur Zeit des Erbſchaftsantritts noch nicht bekannt waren. Denn hier war es allerdings facilitas inconsulta minoris, er hatte nehmlich die Folgen des Antritts nicht gehörig überlegt und eingeſehen, ſonſt würde er allerdings größere Vorſichtsmaaßregeln beobachtet haben, und hier kann man nicht behaupten, daß er bloß „occasione damni non inconsulto, sed fato accidentis“, ſondern bloß, daß er ob inconsultam facilitatem reſtituirt werde, und es tritt hier ganz ein, was lange nachher die Imperatoren Honorius und Theodoſius in der

Const. 8. C. de in integr. rest. min. (2, 22.)

bemerkten: „Minoribus in his, quae vel praetermiserunt, vel ignoraverunt innumeris auctoritatibus constat esse consultum. — Nach den Baſilicen, welche

L. X. tit. 4. Fr. 58. pr. (Ed. *Fabr.* Tom. I. p. 637. Ed. *Heimb.* Tom. I. p. 515.)

hinter auctoritatibus „τουτέστι διατάξεσιν“, „hoc est constitutionibus“ beyſetzen, würden nun die Auctoritäten — Conſtitutionen der Imperatoren bezeichnen. Eben ſo wenig können die minores gegen die civilrechtlichen Folgen eines von ihnen begangenen Vergehens oder Verbrechens reſtituirt werden, nach Ulpian

Fr. 9. §. 2. D. h. t.

„Nunc videndum, minoribus utrum in contractibus captis duntaxat subveniatur, an etiam delinquentibus.

utputa dolo aliquid minor fecit in re deposita, vel commodata, vel alias in contractu: an ei subveniatur, si nihil ad eum pervenit? Et placet in delictis minoribus non subveniri: nec hic itaque subvenietur. Nam et si furtum fecit: vel damnum injuria dedit: non ei subvenietur. Sed si, cum ex damno dato confiteri possit, ne dupli teneatur, maluit negare; in hoc solum restituendus sit, ut pro confesso habeatur. Ergo et si potuit pro fure damnum decidere („ἐπὶ τῆς κλοπῆς διαλύσασθαι“ „in furto transigere“, Basil. L. X. tit. 4. Fr. 9. §. 2. Ed. *Fabr.* Tom. I. p. 619. Ed. *Heimb.* Tom. I. p. 507) magis, quam actionem dupli, vel quadrupli pati: ei subvenietur.“ — Ich ſage nehmlich ausdrücklich nur gegen die civilrechtlichen Folgen ſeines Vergehens oder Verbrechens kann er nicht reſtituirt werden, die civilrechtlichen Folgen beſtehen aber bloß in dem Erſatze des von ihm geſtifteten Schadens. Wenn aber in Folge ſeines Vergehens oder Verbrechens eine weitere privatſtrafrechtliche Klage auf mehr als den einfachen Erſatz gegen ihn begründet wäre, ſo kann er zwar nicht gegen dieſe an und für ſich ſchon, wohl aber dann reſtituirt werden, wenn ſich ſein Gegner mit ihm auf einen geringeren Betrag vergleichen wollte, er aber dieſen Vergleich beharrlich abgelehnt hat, denn in dieſem Fall wird er dann, wie die Baſiliken in der Fortſetzung unſerer Stelle

l. s. c.

lehren: „καθίσταται εἰς τὸ δοῦναι τὸ ἁπλοῦν“, „restituitur ut simplum det“, dahin reſtituirt, daß er nur den einfachen Betrag zu erſetzen hat. Da, wo durch das Abläugnen des nachher erwieſenen Klagegrunds eine Verbindlichkeit zum doppelten Erſatz des Betrags entſteht, kann er gegen ſein Abläugnen reſtituirt werden, was dann die Verbindlichkeit des bloßen einfachen Erſatzes für ihn zur Folge hat. Endlich kann auch nach Calliſtratus

Fr. 4. D. de in integr. restitut. (4, 1.)

„Scio illud à quibusdam observatum, ne propter satis minimam rem vel summam, si majori rei vel summae praejudicetur, audiatur is, qui in integrum restitui postulat“ — wegen eines gar zu geringen Betrags die Reſtitution nicht ertheilt werden. Was ein gar zu geringer

Betrag ſey? iſt wohl nach der Beſtimmung bey der actio doli (S. 133) zu beurtheilen, und jetzt dem richterlichen Ermeſſen überlaſſen. Dieß vorausgeſetzt, erſcheint als Haupterforderniß der Reſtitution der Minderjährigen, daß ſie auch wirklich minderjährig ſind, nach Marcellus

Fr. 43. D. h. t.

„De aetate ejus, qui se majorem annis viginti quinque dicit, causa cognita probandum est: quia per eam probationem in integrum restitutioni ejusdem adolescentis, et aliis causis praejudicatur." — In Beziehung auf den Gränzpunkt belehrt uns nun Ulpian

Fr. 3. §. 3. D. h. t.

„Minorem autem XXV annis natu, videndum, an etiam diem natalis sui adhuc dicimus, ante horam, qua natus est: ut, si captus sit, restituatur et cum nondum compleverit, ita erit dicendum: ut à momento in momentum tempus spectetur" — welche Stelle die Baſiliken

L. X. tit. 4. Fr. 3. §. 3. (Ed. *Fabr.* Tom. I. p. 616. Ed. *Heimb.* T. I. p. 505.)

alſo geben: Ὁ *χρόνος τοῦ ἀφήλικος, ἀπὸ ὥρας εἰς ὥραν ψηφίζεται*" — „Tempus minoris ab hora in horam computatur", d. h. die 25 Jahre der Minderjährigkeit werden ganz nach natürlichem Zeitmaaß berechnet. Wer daher am 1. Januar 1801 Mittags 12 Uhr geboren iſt, der hat am 1. Januar 1826 Mittags 12 Uhr, ſo wie der Glockenſchlag vorüber iſt, ſein 25ſtes Jahr zurückgelegt, und das 26ſte angetreten. Ein von ihm vor dem Glockenſchlag 12 Uhr abgeſchloſſenes Rechtsgeſchäft fällt daher noch in die Periode der Minderjährigkeit, ein nach demſelben abgeſchloſſenes in die der Volljährigkeit. Wie aber, wenn zwar erwieſen iſt, daß der Minderjährige an einem gewiſſen Tage geboren iſt, die Geburtsſtunde deſſelben aber nicht erwieſen werden kann, wenn alſo, um auf unſer voriges Beyſpiel zurückzukommen, zwar erwieſen iſt, daß der Minderjährige, welcher am 1. Januar 1826 Morgens 9 Uhr ein Rechtsgeſchäft abgeſchloſſen hat, am 1. Januar 1801 geboren iſt, dagegen aber ſeine Behauptung, daß er am gedachten Tage Mittags 12 Uhr geboren — er alſo zur Zeit des abgeſchloſſenen Rechtsgeſchäfts noch minderjährig geweſen ſey, rein unerweislich iſt? Dann bleibt in der That nichts übrig, als daß wir uns an den allgemeinen Satz

des Marcellus (S. 157) und der Imperatoren Dio= cletian und Maximian

Const. 9. C. de prob. et praes. (4, 19.)

„Si minorem te XXV. annis esse proponas, adire Praesidem Provinciae debes, et de ea aetate probare“ — wo= mit auch eben derſelben

Const. 4. C. de in integr. restitut. min. XXV. annis (2, 22.)

„Si minorem te XXV. annis fuisse, cum contraheres, ostenderis“ — übereinſtimmt, halten, und nach dieſem allgemeinen Rechtsſatze iſt der Minderjährige ſchuldig, den Beweis, daß er zu der Zeit, wo er das fragliche Rechts= geſchäft eingieng, noch minderjährig geweſen, zu führen, und kann er ihn nicht führen, ſo muß er mit der nachge= ſuchten Reſtitution abgewieſen werden. Nun geht aber Ulpian in dem

Fr. 3. §. 3. D. h. t.

auf die Frage über: Wie es dann zu halten ſey, wenn der Geburtstag auf einen Schalttag falle? „Proinde et si bissexto natus est, sive priore sive posteriore die, Celsus scripsit, nihil referre: nam id biduum pro uno die habetur et posterior dies Kalendarum intercalatur“ — welche Stelle die Baſilicen

l. s. c.

mit der kurzen Bemerkung abfertigen: *Κἂν ἐὰν παρεμπέσῃ βίσεξτον, εἰς μίαν ἡμέραν ψηφίζεται.*“ — „et si bissextus (beſſer et si dies natalis in bissextum) inciderit, pro uno die habetur.“ — Ueber dieſe Stelle gibt uns nun aber die Stelle des Celſus, auf welche ſich auch Ulpian be= ruft, vollſtändige Auskunft

Fr. 98. D. de V. S. (50, 16.)

„Cum bissextum Kalendis est: nihil refert, utrum priore an posteriore die quis natus sit, et deinceps sextum Kalendas ejus natalis dies est, nam id biduum pro uno die habetur: sed posterior dies intercalatur, non prior, ideo quo anno intercalatum non est, sexto Kalendas natus, cum bissextum Kalendis est, priorem diem natalem habet.“ — Dieſe Stelle geben die Baſilicen

L. II. tit. 2. Fr. 98. (Ed. *Fabr.* Tom. I. p. 52. *Theophilus* „Paraphrasis.“ Ed. *Reitz.* Tom. II. p. 980 u. 981.)

auf folgende Weiſe:

„Εἴτε ἐν τῇ πρώτῃ ἡμέρᾳ τοῦ βισέξτου, εἴτε ἐν τῇ β. τέχθῃ τὶς ἀδιάφορόν ἐστιν. ἐξ ἐκείνου γὰρ τὸ εἴκοστον ε. ἔτος ψηφίζεται, ὡς τῶν δύο ἡμερῶν ἀντὶ μίας παραλαμβανομένων.“

„Sive primo bissexti die, sive altero quis natus sit, indifferens est. Inde enim vigesimus quintus annus numeratur, quod duo illi dies pro uno accipiantur.“

und ganz dieſelbe Stelle enthält auch Harmenopulus in ſeinem

„Πρόχειρον νόμων.“ Manuale juris Adpend. tit. 3. §. 33. (in Supplem. Tomo ad *Meerm.* Thes. I. C. et cap. p. 366.)

Dagegen aber enthält der Coislinische Codex der Baſiliken L. II. tit. 2. Fr. 95. (Ed. *Heimb.* Tom. II. p. 49.) folgende Stelle:

„Τὸ βίσεξτον μία ἡμέρα ἐστί· καὶ ἡ ὑστέρα ἐστίν ἡ περιττή· ὁ γὰρ Φεβρουάριος εἴκοσι ὀκτὼ ἡμερῶν ἐστιν.“

„Bissextum unus dies est: et posterior dies intercalaris est: nam Februarius viginti octo dies habet.“

— Denken wir uns den Fall, Derjenige, welcher Reſtitution nachſucht, iſt an einem Schalttag 29. Februar geboren, auf welchen Tag fällt ſein Geburtstag in einem gemeinen Jahr? Man ſollte nun wohl glauben, daß er in einem gemeinen Jahre auf den 1. März falle, allein die Römiſche Jurisprudenz läßt ihn in einem gemeinen Jahre auf den 28. Febr., alſo zurückfallen. So ſollte man ferner glauben, daß der zu Reſtituirende, welcher in einem gemeinen oder Schaltjahre am 28. Febr. geboren wurde, ſich, wenn ſein 26ſter Geburtstag in ein Schaltjahr fällt, am 29. Februar deſſelben nimmer reſtituiren laſſen könne, während die Römiſche Jurisprudenz die Reſtitution noch am 29. bis zur Stunde ſeiner Geburt zuläßt. Der einfache Grund hievon iſt aber der, weil die Römiſche Jurisprudenz den Schalttag nicht als einen eigenen ſelbſtſtändigen Tag anſieht, ſondern eigentlich nur als ein Anhängſel des vorhergehenden Tags (nach Kalenden gerechnet). Nach unſerm Kalender iſt alſo der Schalttag (29. Febr.) nur ein Anhängſel des 28., beyde zuſammen machen nur einen bürgerlichen Tag aus, welcher dann zwey natürliche Tage in ſich enthält. — Somit iſt es

alſo auch ganz einerley, ob Jemand in einem gemeinen oder Schaltjahr am 28. oder 29. Februar geboren wurde, denn er feyert ſeinen Geburtstag jedenfalls im gemeinen Jahre am 28. und in einem Schaltjahre an dem Einen bürgerlichen aus zwey natürlichen (28. und 29. Febr.) zuſammengeſetzten Tage. Freilich käme man hier in eine bedeutende Verlegenheit, wenn man ſtatt unſerer Kalender-Einrichtung zu folgen, den Schalttag auf den Römiſchen 24. Febr. verlegen wollte, während der 29. Febr. bey uns der Schalttag iſt, denn das Räthſel wäre faſt kaum, jedenfalls aber nicht ohne große Schwierigkeit zu löſen. Allein man bedarf dieß auch nicht, folgen wir nur unſerer Kalender-Einrichtung, denn dieſe bildet für uns die Grundlage, nicht die Römiſche, wie ich auch ſchon im I. Bd. S. 406 u. 407 bemerkt habe. Dem Minderjährigen, welcher durch irgend ein an ſich gültiges Rechtsgeſchäft verletzt iſt, ſteht die Wiedereinſetzung in den vorigen Stand zu, denn ganz allgemein drückt ſich Ulpian

Fr. 7. pr. D. h. t.

hierüber aus: „Ait Praetor, Gestum esse dicetur. Gestum sic accipimus qualiter qualiter, sive contractus sit, sive quid aliud contigit.“ — Auch kommt es nicht darauf an, ob die Verletzung eine Verminderung des Vermögens des Minderjährigen herbeygeführt hat, oder ob er unterlaſſen hat, von einer Veranlaſſung, wodurch er ſein Vermögen vermehren konnte, Gebrauch zu machen, wie uns Ulpian

l. c. §§. 6. u. 7.

belehrt: §. 6. „Hodie certo jure utimur, ut et in lucro minoribus succurratur. §. 7. Pomponius quoque Lib. XXVIII. scribit. Et si sine dolo cujusquam legatum repudiaverit, vel in optionis legato captus sit, dum elegit deteriorem: vel si duas res promiserit, illam aut illam, et pretiosiorem dederit, debere subveniri. Et subveniendum est.“ — Früher und vor Ulpian ſcheint zwar die Frage: ob auch in dem letzteren Falle die Reſtitution zuſtehe? beſtritten geweſen zu ſeyn; ſchon zu Ulpians Zeiten hatte jedoch die bejahende Meinung das Uebergewicht erhalten. Auch iſt die Reſtitution nicht in der Art ein bloß ſubſidiäres Rechtsmittel, daß ſie erſt dann Statt findet,

wenn

wenn der Minderjährige ſich bey ſeinem Tutor oder Curator nicht Schadens erholen kann, nach der Imperatoren **Diocletian** und **Maximian**

Const. 3. C. si tut. vel cur. interv. (2, 25.)

„Etiam in his, quae minorum tutores vel curatores male gessisse probari possunt: licet personali actione a tutore vel curatore jus suum consequi possint: in integrum tamen restitutionis auxilium eisdem minoribus dari jam pridem placuit“ — vielmehr liegt es ganz in ihrer Willkür, entweder ihre Tutoren oder Curatoren zu belangen, oder ſich reſtituiren zu laſſen, auch wird durch die Klage gegen Jene die Reſtitution, und durch Letztere die Erſtere nur dann ausgeſchloſſen, wenn ſie durch das von ihnen zuerſt gewählte Rechtsmittel vollſtändige Entſchädigung erlangt haben, nach ebenderſelben Imperatoren

Const. 5. C. ej. tit.

„Etiam tutoribus vel curatoribus distrahentibus, vel aliâs contrahentibus, minores tam restitui rebus propriis, quam tutorum vel curatorum damna sequi, nullo eis praejudicio per electionem generando, placuit.“ — welche die Baſiliken

L. X. tit. 7. Fr. 5. (Ed. *Fabr.* Tom. I. p. 645. Ed. *Heimb.* Tom. I. p. 519.)

alſo geben:

„Ἡ διάταξις ὁμοία ἐστὶ τῇ τρίτῃ διατάξει· ἰδικώτερον δὲ αὕτη καὶ ἐν ταῖς πράσεσι ταῖς παρὰ τῶν ἐπιτρόπων γινομέναις δίδωσιν ἀδιαστίκτως τοῖς νέοις ἐξουσίαν τῆς ἀποκαταστάσεως, ἐπιλογὴν αὐτοῖς παρέχουσα, ἢ διὰ τῶν κουρατώρων καὶ ἐπιτρόπων ἀποπληροῦσθαι τὸ ἀζήμιον, ἢ κατὰ τῶν οἰκείων πραγμάτων ἀποκαθίστασθαι, καὶ νομοθετοῦσα τὸ μεῖζον, ὅτι οὐδὲ ἐκ τῆς ἐπιλογῆς ὑπομένουσιν οἱ νέοι πρόκριμα· ἀλλ' ἐὰν λόγου χάριν ἐπιλέξωνται τοὺς κουράτωρας καὶ μὴ δυνηθῶσιν ἐκεῖθεν ἀποπλη-

„Constitutio tertiae similis est. Sed haec magis specialiter adversus venditiones quoque a tutoribus factas sine distinctione minoribus restitutionis implorandae facultatem indulget, data iis electione, ut vel a tutoribus et curatoribus indemnitatem consequantur, vel rebus propriis restituantur. Quod majus est, sancit, ut minores nullum per electionem praejudicium patiantur: sed si verbi causa curatores elegerint, et exinde satisfieri iis

ρωθῆναι, δύνανται αἰτεῖν τὴν κατὰ τῶν πεπραμένων πραγμάτων ἀποκατάστασιν· καὶ τὸ ἐναντίον δὲ ἐὰν ἐπιλέξωνται τὴν ἀποκατάστασιν καὶ μὴ δυνηθῶσι δι' αὐτῆς ἀζήμιοι μεῖναι, δύνανται χωρῆσαι κατὰ τῶν ἐπιτρόπων καὶ κουρατώρων, μηδὲν ἐκ τῆς ἐπιλογῆς βλαπτόμενοι. λέγει δὲ οὕτως· Καὶ *τῶν ἐπιτρόπων ἢ κουρατώρων διαπιπρασκόντων ἢ ἄλλως πως συναλλαττόντων τοὺς ἐλάττονας καὶ ἀποκαθίστασθαι κατὰ τῶν ἰδίων πραγμάτων, καὶ παρὰ τῶν ἐπιτρόπων ἢ τῶν κουρατώρων αὐτῶν τὴν ζημίαν λαμβάνειν, μηδενὸς αὐτοῖς προκρίματος ἐκ τῆς ἐπιλογῆς τικτομένου, ἤρεσεν.“*

non possit, postulare possunt, ut rebus distractis restituantur: et per contrarium, si restitutionem elegerint, et per eam indemnes praestari non possint, adversus tutores et curatores redire possunt, nullum ex electione damnum passuri. Ait autem haec: Etiam tutoribus vel curatoribus distrahentibus vel aliàs contrahentibus, minores restitui rebus propriis, et a tutoribus vel curatoribus suis damna consequi, nullo eis praejudicio per electionem generando, placuit.“

— Durch dieſe Conſtitutionen iſt nun eine früher ſehr zweifelhafte Frage entſchieden; denn aus Scävola's

Fr. 39. §. 1. D. h. t.

„Vendentibus curatoribus minoris fundum, emptor extitit Lucius Titius, et sex fere annis possedit, et longe longeque rem meliorem fecit. Quaero: cum sint idonei curatores, an minor adversus Titium emptorem in integrum restitui possit? Respondi, ex omnibus, quae proponerentur, vix esse eum restituendum: nisi, si maluerit omnes expensas, quas bona fide emptor fecisse adprobaverit, ei praestare: maxime cum sit ei paratum promptum auxilium, curatoribus ejus idoneis constitutis“ — erſehen wir, daß früher dem Minderjährigen, wenn er ſich bey ſeinem Tutor oder Curator Schadens erholen konnte, die Reſtitution nicht leicht ertheilt wurde, was aber Scävola hier von der Reſtitution der im guten Glauben aufgewandten Koſten erwähnt, iſt noch nicht aufgehoben, hierauf werde ich jedoch weiter unten zurückkommen. Derjenige Minderjährige, welcher ſich fälſchlich und in betrügeriſcher Abſicht für einen Volljährigen ausgegeben, kann jedoch nicht

reſtituirt werden. Die erſte Spur hievon finden wir ſchon bey Paulus

Fr. 32. D. h. t.

„Minor viginti quinque annis, adito Praeside, ex aspectu corporis (vgl. Bd. I. S. 181 f.) falso probavit perfectam aetatem: curatores, cum intellexissent esse minorem, perseveraverunt in administratione: medio tempore, post probatam aetatem, ante impletum vicesimum quintum annum solutae sunt adolescenti pecuniae debitae: easque male consumpsit. Quaero: cujus sit periculum, et quid si curatores quoque in eodem errore perseverassent, ut putarent majorem esse, et abstinuissent se ab administratione, curationem etiam restituissent, an periculum temporis, quod post probatam aetatem cessit, ad eos pertineat? Respondi: Hi, qui debita exsolverunt, liberati jure ipso, non debent iterum conveniri. Plane curatores, qui scientes eum minorem esse, perseveraverunt in eodem officio, non debuerunt eum pati accipere pecunias debitas: et debebunt hoc nomine conveniri. Quod si et ipsi decreto Praesidis crediderunt, et administrare cessaverunt, vel etiam rationem reddiderunt, similes sunt caeteris debitoribus: ideoque non conveniuntur." — Ganz beſtimmt aber drücken ſich hierüber aus die Imperatoren Diocletian und Maximian in der

Const. 2. C. si minor se maj. dix. (2, 43.)

„Si is, qui minorem nunc se esse adseverat, fallaci majoris aetatis mendacio te deceperit, cum juxta statuta juris errantibus non etiam fallentibus minoribus publica jura subveniant, in integrum restitui non debet" — und die Veranlaſſung zu dieſer, ein Reſcript enthaltenden Conſtitution geben uns die Baſilicen

L. X. tit. 25. Fr. 2. (Ed. *Fabr.* Tom. I. p. 674. Ed. *Heimb.* Tom. I. p. 532.)

„Νέος τις βουλόμενος ἴσως δανείσασθαι, καὶ εἰδὼς, ὅτι ἐλάττονι αὐτῷ ὄντι οὐδεὶς πιστεύει, ἀπατῆσαι βουλόμενος τὸν μέλλοντα συναλλάττειν αὐτῷ, διεβεβαιώσατο, μείζονα ἑαυτὸν τῶν εἰκοσιπέντε ἐνιαυτῶν ὑπάρχειν,

„Minor quidam cum forte mutuam pecuniam vellet accipere, sciretque, neminem sibi in minore aetate constituto crediturum, decipere volebat eum, quocum erat contracturus, et asseveravit,

καὶ οὕτως ἐδανείσατο. μετὰ τοῦτο δὲ ἀπαιτούμενος τὸ χρέος προςέφερε τὴν ἐλάττονα ἡλικίαν εἰς βοήθειαν ἑαυτοῦ· προςῆλθεν οὖν βασιλεῖ ὁ συναλλάξας τῷ νέῳ τούτῳ, καὶ πρὸς αὐτὸν βασιλεὺς ἀντέγραψεν οὕτως.“

se majorem esse annis vigintiquinque, atque ita pecuniam mutuam accepit. Postea cum debitum ab eo exigeretur, aetatem minorem in auxilium sui allegabat. Qui igitur cum hoc minore contraxerat, Imperatorem adiit, ad eumque Imperator ita rescripsit.“

— und nun folgt die Conſtitution ſelbſt. Wir ſehen nun hieraus, daß nur derjenige Minderjährige, welcher ſich fälſchlich und in betrügeriſcher Abſicht für volljährig ausgegeben hat, der Reſtitution verluſtig wird. Denn wenn der Minderjährige ſich aus Irrthum für volljährig ausgegeben hätte, ſo macht er ſich hiedurch der Reſtitution nicht verluſtig nach des Imperators Alexander

Const. 1. C. si min. se maj. dix. (2, 43.)

„Si cum minor annis XXV esses, tabulis, quae sunt tuarum profeſsionum, oblatis tibi, aetatem quasi major annis XXV decepta probasti: in integrum restitutionem intra statutum legibus tempus, etiam post impletam aetatem, de omnibus intra eam aetatem adversus te gestis, postulare apud eum, cui de ea re jurisdictio est, potes.“ — Auch die Veranlaſſung dieſer im Reſcript enthaltenen Conſtitution geben uns die Baſilicen

L. X. tit. 25. Fr. 1. (Ed. *Fabr.* Tom. I. p. 673. u. 674. Ed. *Heimb.* Tom. I. p. 532.)

„Μετὰ γυναικός τινος ἐλάττονος οὔσης τῶν εἰκοσιπέντε ἐνιαυτῶν ἠβούλετό τις συναλλάξαι, καὶ θέλων ἀσφαλέστερον ποιῆσαι τὸ συνάλλαγμα, ὡς δῆθεν πρὸς τελείαν γυναῖκα πραττόμενον, ἤνεγκεν αὐτῇ ἀπογραφήν τινα δῆθεν τοῦ πατρὸς αὐτῆς, ἐν ᾗ ἀπεγράψατο τὴν ἡμέραν, καθ’ ἣν ἔτυχεν αὕτη γεννηθεῖσα· ἦν δὲ ψευδὴς αὕτη ἡ ἀπογραφή, καὶ συναρπάσας αὐτὴν καὶ συμ-

„Cum muliere quadam minore annis vigintiquinque quidam contrahere volebat, et cum firmiorem contractum facere vellet, quasi scilicet cum muliere majore initum, obtulit ipsi profeſsionem quandam patris videlicet ejus, in qua diem adscripserat, quo nata erat. Erat autem falsa haec profeſsio, cumque ei obrepsisset

πείσας, ὅτι μείζων ἐστὶ τῶν εἰκοσιπέντε ἐνιαυτῶν, παρεσκεύασεν αὐτὴν καὶ παρὰ τῷ ἄρχοντι τῆς ἐπαρχίας πρᾶξαι τὴν λεγομένην τελειότητα καὶ ἀποδεῖξαι τὴν ἰδίαν ἡλικίαν ὡς μείζονα· εἰώθασι γὰρ οἱ βουλόμενοι τὰ τῶν τελείων πράττειν εἰσιέναι καὶ παρὰ τῷ ἄρχοντι τῆς ἐπαρχίας πράττειν τὴν λεγομένην τελειότητα, καὶ ἢ διὰ μαρτύρων ἢ διὰ δικαιωμάτων τινῶν ἀποδεικνύντες τῷ ἄρχοντι, ὅτι τέλειοί εἰσι, πορίζεσθαι ψήφους δικαστικὰς, ἐπιτρέπουσας αὐτοῖς τὰ τῶν τελείων πράττειν. ἀλλ' αὐτὴ ἡ γυνὴ ἐν αὐτῷ τῷ συναλλάγματι περιγραφεῖσα, ὅπερ ἔθετο μετὰ τοῦ ἀπατήσαντος αὐτὴν, ἢ ἐν ἄλλοις τισὶν ἠβούλετο αἰτῆσαι τὴν ἀποκατάστασιν. καὶ ἀντετίθεσαν αὐτῇ τινες, ὅτι ἅπαξ ἔπραξας τελειότητα παρὰ τῷ ἄρχοντι τῆς ἐπαρχίας καὶ οὐκ ἔτι δύνασαι ὡς ἐλάττων αἰτῆσαι τὴν ἀποκατάστασιν. προςῆλθεν οὖν βασιλεῖ τὸ συμβὰν ἀφηγουμένη καὶ ἐξαιτοῦσα, τυχεῖν ἀποκαταστάσεως· καὶ ἀντέγραψε πρὸς αὐτὴν ὁ βασιλεὺς οὕτως."

et persuasisset, majorem esse vigintiquinque annis, effecit, ut apud Praesidem provinciae probaret majorem aetatem: solent enim, qui ea, quae majorum sunt, agere volunt, adire et apud Praesidem provinciae aetatem perfectam probare, et postquam vel testibus, vel instrumentis docuerint, se majores esse, impetrare decreta judicialia, permittentia ipsis ea facere, quae majorum sunt. Verum mulier in ipso contractu circumscripta, quem cum eo, qui ipsam decepit, iniit, vel in quibusdam aliis, restitutionem petere volebat. Objiciebant ei quidam, jam semel eam perfectam aetatem apud Praesidem provinciae probasse, nec amplius tanquam minorem restitutionem petere posse. Adiit igitur Imperatorem, rem gestam exponens, et restitutionem nancisci desiderans: ad eamque Imperator ita rescripsit."

— dieß finden wir nun auch in der Imperatoren **Diocletian** und **Maximian**

Const. 3. C. ej. tit. (2, 43.)

„Si alterius circumveniendi causa, minor aetate majorem te probare aspectu laboraveris: cum malitia suppleat aetatem, restitutionis auxilium tam sacris constitutionibus, quam rescriptorum auctoritate denegari statutum est. Quod si per injuriam vel circumventionem adversarii hoc fuerit factum: durabit beneficium, quo minoribus causa cognita subveniri solet. Aditus itaque Prae-

ses provinciae, probationis aetatis examinata causa, si tuum dolum non repererit intercessisse, ac te minorem tunc fuisse probaveris, causa cognita in integrum restitui providebit.“ — Hatte der Minderjährige einen körperlichen Eid darauf, daß er das Rechtsgeſchäft nicht anfechten wolle, abgeſchworen, ſo kann er ſich der Reſtitution nimmer bedienen, nach des Imperators Alexander

Const. 1. C. si adv. vend. (2, 28.)

„Si minor annis viginti quinque emptori praedii cavisti nullam de caetero te esse controversiam facturum, idque etiam jurejurando corporaliter praestito servari confirmasti: neque perfidiae neque perjurii me auctorem tibi futurum sperare debuisti“ — und der Imperatoren Diocletian und Maximian

Const. 3. C. si min. se maj. dix. (2, 43.)

Dieſe Conſtitution, deren Anfang oben (S. 165 f.) ſchon abgedruckt iſt, fährt nehmlich alſo fort: „Si tamen in instrumento, per sacramenti religionem, majorem te esse adseverasti: non ignorare debes, exclusum tibi esse in integrum restitutionis beneficium, nisi palam et evidenter ex instrumentorum probatione, non per testium depositiones, te fuisse minorem ostenderis: Hujusmodi autem sacramento corporaliter praestito nullum tibi superesse auxilium, perspicui juris est“ — und die Baſiliken

L. X. tit. 25. Fr. 3. (Ed. *Fabr.* Tom. I. p. 675. u. 676. Ed. *Heimb.* Tom. I. p. 532. u. 533.)

enthalten folgende merkwürdige Stelle:

„Ἐὰν μέντοι φησίν, ὄντως ὁ ὅρκος σωματικῶς ἐδόθη παρὰ σοῦ, τουτέστιν αὐτῇ τῇ ἀληθείᾳ ἐπώμοσας, μείζονα σαυτὸν εἶναι, μηδεμίαν σοι περιλελεῖφθαι, βοήθειαν, προφανεστάτου νομίμου ἐστίν.“

„Si tamen, inquit, vere sacramentum corporaliter a te praestitum sit, hoc est, revera juraveris, te majorem esse, nullum tibi superesse auxilium, manifestissimi juris est.“

In dieſer Conſtitution wird nun zwiſchen einem bloß geſchriebenen (instrumento adscripto) und einem körperlich abgeſchworenen (corporaliter praestito) Eide unterſchieden. Der Erſtere hat nur die Wirkung, daß der Minderjährige nunmehr bloß durch Urkunden, und nicht mehr durch Zeugenausſagen ſeine Minderjährigkeit beweiſen kann,

der Letztere aber ſchließt die Reſtitution ganz aus. — Als einzelne Beyſpiele, in welchen Fällen Minderjährige reſtituirt werden können, ſind nun folgende anzuführen.

a) gegen ein rechtskräftiges Erkenntniß,

tit. C. si adv. rem judic. (2, 27.)

ja ſelbſt gegen einen einzelnen Punkt deſſelben, inſofern ſolcher nicht mit dem übrigen dem Minderjährigen günſtigen Inhalt des Erkenntniſſes connex iſt, nach Modeſtin

Fr. 29. §. 1. D. h. t.

„Ex causa curationis condemnata pupilla, adversus unum caput sententiae restitui volebat: et quia videtur in caeteris litis speciebus relevata fuisse, actor major aetate, qui adquievit tunc temporis sententiae, dicebat totam debere litem restaurare. Herennius Modestinus respondit: si species, in qua pupilla in integrum restitui desiderat, caeteris speciebus non cohaeret, nihil proponi, cur à tota sententia recedi actor postulans audiendus est.“

b) gegen Kaufverträge,

tit. C. si adv. vendit. (2, 28.)

namentlich auch gegen den Verkauf von Unterpfändern, inſofern ſie nehmlich hiedurch einen ſehr beträchtlichen Nachtheil (enorme damnum) erlitten haben, nach der Imperatoren Diocletian und Maximian

Const. 1. C. si adv. vend. pign. (2, 29.)

„Etiam adversus venditiones pignorum, quae a creditoribus fiunt, minoribus subveniri (si tamen magno detrimento afficiantur), jam pridem placuit. Si igitur pignori captis praediis, ac distractis, enorme damnum ex hujusmodi venditione passos vos ostenderitis, praesertim cum hodie minores vos esse affirmetis, auxilium restitutionis vobis impertietur.“

c) gegen Schenkungen,

tit. C. si advers. donat. (2, 30.)

d) gegen Vergleiche,

tit. C. si advers. transact. (2, 32.)

e) gegen Zahlungen,

tit. C. si adv. solut. (2, 33.)

f) gegen die Uſucapion,

tit. C. si adv. usucap. (2, 36.)

g) gegen übernommene Bürgſchaften, nach Ulpian

Fr. 7. §. 3. D. h. t.

„Non solum autem in his ei succurritur, sed etiam in interventionibus: utputa si fidejussorio nomine se, vel rem suam obligavit. Pomponius autem videtur adquiescere distinguentibus, arbiter ad fidejussores probandos constitutus eum probavit, an vero ipse adversarius? Mihi autem semper succurrendum videtur, si minor sit, et se circumventum doceat.

h) gegen eine Novation, nach Gajus

Fr. 27. §. 3. D. h. t.

„Ex hoc intelligimus, si damnosam sibi novationem fecerit, forte si ab idoneo debitore ad inopem novandi causa transtulerit obligationem, oportere eum in priorem debitorem restitui.“ —

i) gegen die Adrogation nach Ulpian

Fr. 3. §. 6. D. h. t.

„Si quis minor XXV annis adrogandum se dedit, et in ipsa adrogatione se circumventum dicat, finge enim a praedone eum hominem locupletem adrogatum, dico debere eum audiri in integrum se restituentem.“

k) gegen eine Eideszuſchiebung, nach Ulpian

Fr. 9. §. 4. D. de jurejur. (12, 2.)

„Si minor viginti quinque annis (jusjurandum) detulerit, et hoc ipso captum se dicat: adversus exceptionem jurisjurandi replicari debebit, ut Pomponius ait. Ego autem puto hanc replicationem non semper esse dandam; sed plerumque ipsum Praetorem debere cognoscere, an captus sit, et sic in integrum restituere. Nec enim utique, qui minor est, statim et circumscriptum se docuit. Praeterea exceptio ista, sive cognitio statutum tempus post annum vigesimum quintum non debet egredi“ — gegen

l) ein abgelegtes Geſtändniß, nach Ulpian

Fr. 6. §. 5. D. de conf. (42, 2.)

„Minorem à confessione sua restituemus.“ — ſelbſt

m) in Dotalſachen, nach Ulpian

Fr. 9. §. 1. D. h. t.

„In dotis quoque modo mulieri subvenitur, si ultra vires patrimonii, vel totum patrimonium circumscripta in dotem dedit“ — und Paulus

Fr. 48. §. 2. D. h. t.

„Mulier minor viginti quinque annis, si pactione dotis deterior conditio ejus fiat, et tale pactum inierit, quod

nunquam majoris aetatis constitutae paciscerentur, atque ideo revocare velit, audienda est.“

tit. C. si adv. dotem (2, 34.)

und n) gegen den Fiskus

tit. C. si adv. fiscum (2, 37.)

findet Reſtitution Statt. Der Minderjährige kann ferner o) gegen den Antritt einer Erbſchaft, oder wenn er ſich derſelben, wo er als suus heres keines Antritts bedurfte, nicht entſchlagen hat, reſtituirt werden,

tit. C. si min. ab hered. (2, 39.)

nur mußten die Erbſchaftsgläubiger hierüber gehört werden, nach Modeſtin

Fr. 29. §. 2. D. h. t.

„Si haereditate patris, aetatis beneficio in integrum restitutus, abstinuit se, nemine de creditoribus paternis praesente, vel ad agendum à Praeside evocato: an ea restitutio recte facta videatur? quaeritur. Herennius Modestinus respondit: cum non evocatis creditoribus, in integrum restitutionis decretum interpositum proponatur, minime id creditoribus praejudicasse.“ — Worüber Juſtinian in der

Nov. 119. cap. 6.

„Πρὸς τούτοις θεσπίζομεν, ὥστε εἴπερ συμβαίη τοὺς νέους βούλεσθαι ἀποστῆναι τῆς εἰς αὐτοὺς περιελθούσης καὶ καταδεχθείσης παρ' αὐτῶν κληρονομίας, εἰ μὲν πάντες οἱ δανεισταὶ παρόντες εὑρεθεῖεν, ἐν ἐκείνοις τοῖς τόποις ἐν οἷς ἡ εἰς ἀκέραιον ἀποκατάστασις αἰτεῖται, καλεῖσθαι παρὰ τοῦ ἄρχοντος τοὺς δανειστὰς, καὶ παρόντων πάντων ἀφίστασθαι τοὺς νέους τῆς τοιαύτης κληρονομίας. εἰ δὲ πάντες ἤ τινες τῶν δανειστῶν ἀπόντες εἶεν, κελεύομεν τοὺς νέους βουλομένους τοῦτο πράττειν, τῷ τῶν τόπων ἄρχοντι ἐν οἷς αὐτοὶ διάγουσι, προσιέναι· ἐκεῖνον δὲ διὰ τῶν συνειθισμένων κηρυγμα-

„Ad haec quoque sancimus: ut si contigerit minores velle se abstinere ab haereditate in se devoluta, et à se suscepta, si quidem omnes creditores praesentes fuerint in illis locis, in quibus in integrum restitutio postulatur, vocentur à judice creditores; et praesentibus omnibus, ab hujusmodi haereditate se minores abstineant. Si vero omnes aut aliqui creditorum absentes fuerint; jubemus minores volentes hoc agere, locorum judicem, in quibus ipsi degunt, adire; illum vero per consuetas citationes vocare

των καλεῖν τοὺς δανειστάς. καὶ εἰ ἐντὸς τριῶν μηνῶν προθεσμίας μηδαμῶς παραγένωνται οἱ δανεισταὶ, ἐξεῖναι τούτοις δίχα κινδύνου τῆς τοιαύτης ἀναχωρεῖν κληρονομίας· προνοοῦντος τοῦ ἄρχοντος παρ' ᾧ ἡ εἰς ἀκέραιον ἀποκατάστασις πράττεται, ποῦ ὀφείλει τὰ κληρονομιαῖα πράγματα κινητά τε καὶ ἀκίνητα φυλάττεσθαι. τῆς ποσότητος δηλαδὴ τούτων διὰ δημοσίας ἀπογραφῆς κατὰ πρᾶξιν ὑπομνημάτων φανερουμένης.“

creditores: et si intra spatium trium mensum nusquam appareant creditores, licet minoribus sine periculo ab hujusmodi haereditate abscedere: judice providente, apud quem agitur in integrum restitutio, ubi debeant haereditariae res mobiles et immobiles custodiri; quantitate quippe harum, publica descriptione sub gestis monumentorum manifestanda.“

— eine eigene Beſtimmung getroffen hat. — Er kann p) ferner reſtituirt werden, wenn er eine ihm vortheilhafte Erbſchaft ausgeſchlagen hat

tit. C. si ut omiss. hered. (2, 40.)

nur dürfen wir die Bemerkung Scävolas nach Paulus

Fr. 24. §. 2. D. h. t.

„Scaevola noster ajebat, si quis juvenili levitate ductus omiserit, vel repudiaverit haereditatem, vel bonorum possessionem: si quidem omnia in integro sint, omnimodo audiendus est, si vero, jam distracta haereditate, et negotiis finitis, ad paratam pecuniam laboribus substituti veniat, repellendus est: multoque parcius ex hac causa haeredem minoris restituendum esse“ — nicht außer Acht laſſen. Denn wenn der Minderjährige nur in der Abſicht, um etwa Schwierigkeiten, welche ſich darbieten, zu begegnen, die Erbſchaft ausſchlüge, und nun, nachdem der ihm nachgefolgte Erbe dieſelbe mit vieler Mühe bereinigt, und einen Gewinn herausgeſchlagen hat, dieſen Gewinn ihm der Minderjährige auf dem Wege der Reſtitution entreißen wollte, ſo würde dieß offenbar zu weit führen. Wurde aber der Minderjährige gegen die Ausſchlagung einer Erbſchaft reſtituirt, ſo bleiben doch alle Verfügungen, welche der Verwalter der Erbſchaft in der Zwiſchenzeit vorgenommen hat, bey Kräften, nach Ulpian

Fr. 22. D. h. t.

„cum minor restituitur ad adeundam hereditatem, quae antea gesta erunt per curatorem bonorum decreto Praetoris ad distrahenda bona secundum juris formam constitutum, rata esse habenda, Calpurnio Flacco Severus et Antoninus rescripserunt." — Eines ganz beſondern Falles einer Reſtitution erwähnt Hermogenian

Fr. 35. D. h. t.

„Si in emtionem penes se collatam minor adjectione ab alio superatur (welche Stelle die Baſiliken

> **L. X. tit. 4. Fr. 35. (Ed.** *Fabr.* **Tom. I. p. 629. Ed.** *Heimb.* **Tom. I. p. 512.)**

alſo geben: „τοῦ νέου ἀγοράσαντος ὑπὸ ὑπερθεματισμὸν, ἐὰν ἕτερος ὑπερθεματίσας λάβῃ τὸ πρᾶγμα" — was Fabrott — in der Heimbachiſchen Ausgabe iſt dieß nicht geändert — ganz irrig ſo überſetzt: „Si res minori in diem addicta sit, et alius" etc., während er es ſo hätte überſetzen ſollen: „si minor emit sub pluris licitatione", denn ὑπερθεματισμὸν bezeichnet das „Ueberbieten" oder „Steigern", wonach alſo unſere Stelle den Sinn hat, wenn der Minderjährige etwas in einer Aufſtreichsverhandlung — Auction — erſteigert, und ein Anderer ihn überboten hat), „implorans in integrum restitutionem audietur: si ejus interesse emtam ab eo rem fuisse adprobetur, veluti quod majorum ejus fuisset: ita tamen, ut id, quod ex licitatione accessit, ipse offerat venditori." — In einem ſolchen Falle kann nehmlich der Minderjährige dagegen, daß er die Sache hinausließ, reſtituirt, und ihm die Sache zugeſchlagen werden. Das Mehrgebot muß er jedoch dem Verkäufer erſetzen. Nicht nur aber gegenüber von Demjenigen, mit welchem der Minderjährige ein ihm nachtheiliges Rechtsgeſchäft abgeſchloſſen hat, ſondern auch gegenüber von dem dritten Beſitzer kann derſelbe reſtituirt werden, gegenüber von Letzterem jedoch nur in folgenden zwey Fällen:

a) wenn dieſer wußte, daß die Sache von einem Minderjährigen herrühre, oder

b) wenn er dieß zwar nicht wußte, aber Derjenige, welcher mit dem Minderjährigen contrahirt hatte, ihn nicht zu entſchädigen vermag, nach Ulpian

Fr. 13. §. 1. D. h. t.

„Interdum autem restitutio et in rem datur minori, id est, adversus rei ejus possessorem, licet cum eo non sit contractum, utputa rem a minore emisti et alii vendidisti: potest desiderare interdum adversus possessorem restitui, ne rem suam perdat, vel re sua careat. Et hoc vel cognitione praetoria, vel rescissa alienatione, dato in rem judicio. Pomponius quoque libro vicesimo octavo scribit, Labeonem existimasse, si minor viginti quinque annis ſundum vendidit, et tradidit, si emptor rursus eum alienavit: siquidem emptor sequens scit rem ita gestam, restitutionem adversus eum ſaciendam: si ignoravit, et prior emptor solvendo esset, non esse faciendam: sin vero non esset solvendo, aequius esse, minori succurri etiam adversus ignorantem, quamvis bona ſide emptor est.“ — und Paulus

Fr. 14. D. h. t.

„Plane quamdiu is, qui a minore rem accepit, aut haeres ejus idoneus sit, nihil novi constituendum est in eum, qui rem bona ſide emerit: idque et Pomponius scribit. — Jedenfalls aber kann der dritte Beſitzer in einen ſolchen Fall gegen ſeinen Vorfahrer den Rückgriff nehmen, nach Gajus

Fr. 15. D. h. t.

„Sed ubi restitutio datur, posterior emptor reverti ad auctorem suum poterit. Per plures quoque personas si emptio ambulaverit, idem juris erit.“ — Eine ganz beſondere Erörterung verdient aber die Frage: Ob der Minderjährige auch gegen den Ablauf der Klagenverjährung reſtituirt werden könne? Ich will hier die verſchiedenen Meinungen und Anſichten, welche bis jetzt zu Tage gefördert wurden, übergehen, und mich ſogleich zu der Quelle wenden. Der Schöpfer der Klagenverjährung, der Imperator Theodoſius

Vergl. meine Schift: die Usucapio und Praescriptio des Römiſchen Rechts. Stuttg. 1832. §. 112. S. 240—245.

ſagt in ſeiner

Const. un. C. Theod. de act. certo tempore finiendis (4, 13.)

welche auch nur mit einigen Abänderungen in die

Const. 3. C. de praescr. 30 vel 40 annor. (7, 39.)
vgl. a. o. a. O. S. 241 u. 242.

übergegangen iſt, wörtlich Folgendes, was auch in dem Codex repetitae praelectionis aufgenommen wurde: „Non sexus fragilitate, non absentia, non militia contra hanc legem defendenda, sed pupillari aetate duntaxat, quamvis (*quamdiu* C. Th.) sub tutoris defensione consistat (*consistit* C. Th.) huic eximenda sanctioni. Nam cum ad eos annos pervenerint (*pervenerit* C. Th.), qui ad sollicitudinem pertinent curatoris, necessario eis (*ei* C. Th.) similiter ut aliis annorum XXX intervalla servanda sunt.“ In dieſer Conſtitution liegt nun die klare Beſtimmung, daß die Klagenverjährung, d. h. die durch die vorliegende Conſtitution eingeführte praescriptio XXX annorum, wie ſie Theodoſius ſelbſt nennt, zwar nicht gegen Unmündige, d. h. gegen Frauenzimmer, welche noch nicht das 12te, und gegen Mannsperſonen, welche noch nicht das 14te Jahr zurückgelegt haben (I. Bd. S. 180 bis 183) laufen ſollte, und daß ihr Lauf gegen ſolche erſt nach zurückgelegtem 12ten, beziehungsweiſe 14ten Jahr beginne. Dagegen verordnete er, daß dieſe praescriptio auch gegen Minderjährige, Abweſende und mündige Frauenzimmer laufe. Forſchen wir nun nach dem Grund dieſer Verordnung, ſo liegt ſolcher klar vor. Theodos wollte nehmlich hiedurch offenbar einer Controverſe und einer widrigen Interpretation vorbeugen. Die frühere longi temporis praescriptio lief nehmlich nicht gegen Minderjährige, wie wir aus der Imperatoren Diocletian und Maximian

Const. 3. C. quib. non objic. l. t. praescr. (7, 35.)

erſehen: Non est incognitum, id temporis, quod in minore aetate transmissum est, longi temporis praescriptioni non imputari: ea enim tunc currere incipit, quando ad majorem aetatem dominus rei pervenerit“ — und ganz ſprechend iſt die Stelle der Baſiliken

L. L. tit. 12. Fr. 3. (Ed. *Fabr.* Tom. VI. p. 617. u. 628. u. in *Meerm.* Thes. I. G. et C. l. c. Fr. 8. Tom. V. p. 68.)

„Ἐν τῷ χρόνῳ τῶν δέκα ἢ εἴκοσιν ἐνιαυτῶν, οὐ ψηφίζεται ὁ χρόνος, ἐν ᾧ ἦν τις ἥττων τῶν εἴκοσι πέντε ἐνιαυτῶν.	„In decem aut viginti annorum tempore non computatur tempus, quo quis viginti quinque annis minor

(Αὔτη γὰρ τότε τρέχειν ἄρχεται, ὅτε εἰς μείζονα ἡλικίαν ὁ δεσπότης τοῦ πράγματος ἔλθῃ, τουτέστιν ὅτε πληρώσῃ τὸν κέ. ἐνιαυτόν.)“

fuit. (Haec enim tunc currere incipit, quum ad majorem aetatem dominus rei pervenerit, id est, vicesimum quintum annum impleverit.)“

Sie lief ferner nicht gegen Abweſende, wie wir aus der Imperatoren Diocletian und Maximian

Const. 2. C. ej. tit.

erſehen: „Cum per absentiam tuam eos de quibus quereris, in res juris tui irruisse adseveres, teque ob medendi curam à comitatu nostro discedere non posse palam sit: Praefectus praetorio noster accersitis his, quos causa contingit, inter vos cognoscet. Non necessario autem petis ex longi temporis diuturnitate praescriptionem tibi non opponi, quando justae absentiae ratio, et necessitatis publicae obsequium ab hujusmodi praejudicio te defendat“ — welche die Baſiliken alſo geben:

L. L. tit. 12. Fr. 7. (in *Meerm.* Thes. I. C. et C. Tom. V. p. 68.)

„Τῷ διὰ δημόσιον πρᾶγμα ἀπολειφθέντι, ἐν τούτῳ τῷ χρόνῳ οὐκ ἀντίκειται μακτροῦ χρόνου παραγραφή.“

„Absenti ob caussm publicam non obstat illo tempore longi temporis praescriptio.“

Dieß geht ferner aus derſelben Imperatoren

Const. 4. C. ej. tit.

hervor: „Si possessio inconcussa, sine controversia perseveravit: firmitatem suam teneat objecta praescriptio, quam contra absentes vel reipublicae causa vel maxime fortuito casu nequaquam valere decernimus“ — und auch hierüber drücken ſich die Baſiliken

L. L. tit. 12. Fr. 9. (Ed. *Fabr.* Tom. VI. p. 618. u. in *Meerm.* Thes. I. C. et C. l. c. Fr. 9. Tom. V. p. 68.)

ganz ſprechend aus:

„Κατὰ τῶν ἀπόντων διὰ δημόσιον πρᾶγμα ἢ κατὰ τύχην, οὐκ ἀντίκειται μακροῦ χρόνου παραγραφή.“

„Adversus absentes propter publicam causam aut per casum longi temporis praescriptio non objicitur.“

Sodann ſpricht hiefür noch derſelben Imperatoren
Const. 6. C. ej. tit.
„Ab hostibus captus, ac postliminio reversus actione in rem directa, vel qualibet alia dominium, vindicando temporis adversarii possessionem frustra times: cum adversus eos qui restitutionis auxilio quacunque ratione juvantur, hujusmodi factum non opituletur“ — welche in den Baſilicen
L. L. tit. 12. Fr. 11. (in *Meerm.* Thes. I. C. et C. Tom. V. p. 68. u. 99.)
freilich etwas verunſtaltet iſt.

„Ὁ ἔχων ἀποκατάστασιν, μείζων ὢν καὶ κινῶν τὴν τὰ ἴδια ἐκδικοῦσαν ἀγωγὴν, οὐκ ἐκβάλλεται διὰ τῆς τοῦ χρόνου παραγραφῆς.“

„Qui restitutionem consequitur, si major sit, et rei vindicandae actionem instituat, longi temporis praescriptione non repellitur.“

— Der Sinn derſelben aber kann kein anderer als der ſeyn: Wenn der Abweſende gegen die Uſucapion reſtituirt worden ſey, ſo habe er die l. t. praescriptio nicht mehr zu fürchten. Gar leicht hätte nun die Anſicht entſtehen können, als ob, weil die l. t. praescriptio gegen Minderjährige und Abweſende gar nicht laufe, auch die praescriptio XXX annorum gegen ſolche nicht laufe. — Dieſer Meinung vorzubeugen, verordnete nun Theodos, daß die praescriptio XXX annorum auch gegen Minderjährige und Abweſende laufe, und nicht erſt nach erreichter Volljährigkeit oder erfolgter Rückkehr gegen ſie zu laufen anfange. Davon aber, daß bey der Klagenverjährung die Reſtitution ausgeſchloſſen ſeyn ſolle, ſagt er kein Sterbenswörtchen. Dagegen kann auch des Imperators Anaſtaſius
Const. 4. C. de praescr. 30 vel 40 annor. (7, 39.)
nicht angeführt werden, denn wenn gleich dieſe Conſtitution ſich mit der Stelle ſchließt: „Sed quicunque super quolibet jure, quod per memoratum tempus inconcussum et sine ulla re ipsa illata judiciaria contentione possedit, superque sua conditione, qua per idem tempus absque ulla judiciali sententia simili munitione potitus est, sit liber, et praesentis saluberrimae legis plenissima munitione securus“ — ſo war es doch nicht die Abſicht deſſelben, etwas von der Theodoſianiſchen Verordnung Abwei-

chendes einzuführen, und Juſtinian, welcher nach der

Const. 5. C. in quibus causis (2, 41.)

„Sancimus favore imperfectae aetatis exceptionem non numeratae pecuniae ab initio minoribus non currere, ne, dum in integrum restitutionem exspectamus, vel aliquod emergat obstaculum, per quod hujusmodi beneficio minor uti non possit, vel substantia ejus subvertatur. Sed humanius est, latius eandem legis interpretationem extendere in omnibus casibus, in quibus vetera jura currere quidem temporales praescriptiones adversus minores concesserunt, per in integrum autem restitutionem eis subveniebant, eas ipso jure non currere; melius etenim est intacta eorum jura servari, quam post causam vulneratam, remedium quaerere: videlicet exceptionibus XXX vel XL annorum in suo statu remanentibus“ — verordnete: daß auch da, wo noch nach dem frühern Rechte eine praescriptio gegen Minderjährige gelaufen ſey, dieſe nimmer laufen ſolle, weil ja ſonſt nur Reſtitution nothwendig werde (was bey der früheren longi temporis praescriptio nicht der Fall war, wie oben [S. 173] gezeigt wurde, und daher nur auf Verjährung von Klagen und Einreden, wie hier auf die exceptio non numeratae pecuniae bezogen werden kann) — ſagt ja ausdrücklich, daß es hinſichtlich der praescriptio XXX vel XL annorum bey den früheren Grundſätzen, d. h. bey denen der Theodoſianiſchen Conſtitution ſein Bewenden habe. Ja gerade daraus, daß Juſtinian es bey Theodoſius Verordnung bewenden ließ, und ſomit dieſe praescriptio auch gegen Minderjährige lief, ergibt ſich, daß er hiebey die Reſtitution keineswegs ausſchließen wollte, ſondern dieſe als das einzige Schutzmittel der Minderjährigen anſah, denn hiedurch war ja, da dieſe praescriptio gegen Minderjährige lief, die Reſtitution wieder nothwendig geworden. Ganz richtig drückt ſich daher auch der Verfaſſer des Brachylogus

Ed. *Böcking*. Berol. 1829. L. II. tit. 11. §. 7. p. 45. u. 46.

alſo aus: „Adversus autem tricennalem praescriptionem ipso jure minores non juvantur, sed per restitutionem in integrum, sicut et in omnibus aliis causis, in quibus se aliqua ratione laesos monstrari possunt; etiam si a tutoris

toribus vel curatoribus damnum sarcire possunt, post viginti quinque annorum curricula, vel post impetrationem aetatis intra juge quadriennium eis succurritur, nisi dolo suo lapsi sint, vel contra matrimonium vel jusjurandum restitui postulent." — Von der Frage: Ob und in wie weit der Minderjährige gegen einen Minderjährigen reſtituirt werden könne? handelt Ulpian

Fr. 11. §. 6. D. h. t.

„Item quaeritur, si minor adversus minorem restitui desiderat, an sit audiendus? Et Pomponius simpliciter scribit: non restituendum. Puto autem inspiciendum à Praetore, quis captus sit? Proinde si ambo capti sunt: verbi gratia minor minori pecuniam dedit, et ille perdidit, melior est causa secundum Pomponium ejus, qui accepit et vel dilapidavit, vel perdidit" — und Paulus in ſeinen

Sent. Recept. L. I. tit. 9. §. 4.

welche Stelle auch wörtlich übergegangen iſt in das

Fr. 34. pr. D. h. t.

„Si minor viginti quinque annis filio familiâs minori pecuniam credidit, melior est causa consumentis: nisi locupletior ex hoc inveniatur litis contestate tempore is, qui accepit." — Der Minderjährige kann alſo gegen einen Minderjährigen nur dann reſtituirt werden, wenn und ſo weit Letzterer zur Zeit der Streiteinlaſſung noch durch das die Reſtitution veranlaſſende Rechtsgeſchäft bereichert iſt. — Der Minderjährige kann ferner auch gegen einen volljährigen Hausſohn (filiusfamiliâs) reſtituirt werden, indem das Senatus Consultum Macedonianum (wovon bey'm 6. Titel des 14. Buchs) dem favor aetatis nachſtehen muß, nach Ulpian

Fr. 11. §. 7. D. h. t.

„Plane si minor annis cum filiofamiliâs majore contraxerit: et Julianus lib. IV. Digest. et Marcellus lib. II. Digest. scribit, posse in integrum restitui: ut magis aetatis ratio, quam Senatus Consulti habeatur." — Hat ſich ein Frauenzimmer für einen Minderjährigen verbürgt, ſo kann ſie ſich der Einrede aus dem Senatus Consultum Vellejanum (wovon bey'm 1. Titel des 16. Buchs) nur dann gegen ihn bedienen, wenn der Hauptſchuldner zahlungsfähig iſt, nach Gajus

Fr. 12. D. h. t.

„Si apud minorem mulier pro alio intercesserit, non est ei actio in mulierem danda, sed perinde, atque caeteri, per exceptionem submoveri debet, scilicet quia communi jure in priorem debitorem ei actio restituitur. Haec, si solvendo sit prior debitor, alioquin mulier non utetur Senatus-Consulti auxilio.“ — Ob dem Minderjährigen auch gegen ſeine Aſcendenten die Reſtitution zuſtehe? war eine nach der früheren Jurisprudenz beſtrittene Frage. Von Juſtinian aber iſt ſie in der

Const. 2. C. qui et adv. quos (2, 42.)

verneinend entſchieden worden. „Cum apud veteres dubitabatur: an liberi parentes suos, vel liberti patronos in querimoniam deducere possint, quasi non rite in eos versatos? et quidam existimabant, nullam esse contra hujusmodi personas in integrum restitutionem, pondere naturali, vel patronali reverentia hujusmodi petulantiae refragante, nisi vel ex magna causa, vel adversus turpem eorum personam: alii autem personarum quidem vel causae distinctionem respuendam esse censuerunt, tunc autem tantummodo dandam esse restitutionem putaverunt, cum minor ex sua simplicitate se deceptum, non ex dolo patris vel patroni circumscriptum esse diceret. Sed ut maneat in omnibus honor parentibus, et patrono vel patronae illibatus, atque intactus: sancimus, nullo modo neque adversus parentes utriusque sexus, neque adversus patronum vel patronam dari restitutionem: nam personarum reverentia omnem eis excludit restitutionem: cum procul dubio sit, etiam ipsas personas cavere, ne quid suae opinioni contrarium existat.“ — Gehen wir nun zu der Frage über: Welche Wirkungen eigentlich die einem Minderjährigen ertheilte Reſtitution habe? Hiebey müſſen wir nun zwiſchen den verſchiedenen Fällen unterſcheiden. Von der Wirkung derſelben gegen einen Verkauf des Minderjährigen handelt Paulus

Fr. 24. §. 4. D. h. t.

„Restitutio autem ita facienda est, ut unusquisque in integrum jus suum recipiat. Itaque si in vendendo ſundo circumscriptus restituetur: jubeat Praetor emptorem fundum cum fructibus reddere, et pretium recipere: nisi si tunc dederit, cum eum perditurum non ignora-

ret: sicuti facit in ea pecunia, quae ei consumpturo creditur: sed parcius in venditione: quia aes alienum ei solvitur: quod facere necesse est: credere autem non est necesse. Nam et si origo contractus ita constitit, ut infirmanda sit: si tamen necesse fuit pretium solvi, non omnimodo emptor damno adficiendus est." — In dieſer Stelle ſtellt nun Paulus als Princip für die Wirkung der Reſtitution der Minderjährigen das auf: „ut unusquisque jus suum recipiat", und von demſelben Princip geht er nun auch in ſeinen

Sent. Rec. L. I. tit. 9. §. 7.

aus: „Minor adversus emtorem in integrum restitutus, pretio restituto fundum recipere potest", welchem er noch die Bemerkung beyfügt: „Fructus enim in compensationem usurarum penes emtorem manere placuit." — Als Princip iſt nun auch gegen den Satz des Paulus durchaus nichts einzuwenden. Daß aber dieſes Princip als Regel auch ſeine Ausnahmen habe, erkennt ſelbſt Paulus an, allein gerade in dieſe geht er nicht gehörig ein. Deutlicher drücken ſich aus — Gajus

Fr. 27. §. 1. D. h. t.

„Praedium quoque si ex ea pecunia pluris, quam oporteret, emit: ita temperanda res erit, ut jubeatur venditor reddito pretio recuperare praedium: ita ut sine alterius damno etiam creditor à juvene suum consequatur. Ex quo scilicet simul intelligimus, quid observari oporteat, si sua pecunia pluris, quam oportet, emerit: ut tamen hoc, et superiore casu venditor, qui pretium reddidit, etiam usuras, quas ex ea pecunia percepit aut percipere potuit, reddat: et fructus, quibus locupletior factus est juvenis, recipiat. Item ex diverso, si minore pretio, quam oportet, vendiderit adolescens: emptor quidem juberi debebit praedia cum fructibus restituere: juvenis autem eatenus ex pretio reddere, quatenus ex ea pecunia locupletior est." — und Modeſtin

Fr. 32. §. 4. D. de admin. et peric. tut. (26, 7.)

„Interposito curatore, adolescens fundum Titio vendidit: postea adgnita fraude, in integrum restitutus, in possessionem induci jussus est. Quaero: an, cum ex hac venditione melior factus non est: neque in rem suam quidquam versum probetur: pretium emptori restituere

non debeat? Modestinus respondit, pretium fundi ab adolescente ,venumdati, si rationibus ejus non profuit, nec quicquam de eo (à) judicante de integrum restitutione statutum est, emptorem frustra postulare“ — daß auch hier der Minderjährige zum Erſatze des Kaufpreiſes nebſt Zinſen nur inſoweit verbunden ſey, als er hiedurch und zwar ſchon nach allgemeinen Rechtsgrundſätzen (vgl. ob. S. 177) zur Zeit der Streiteinlaſſung bereichert iſt. Noch einer Ausnahme gedenkt zwar Modeſtin in den Worten: „necquicquam“ bis zum Ende, nehmlich der, wenn in dem Erkenntniß des Erſatzes des Kaufpreiſes nicht gedacht ſey, was aber lediglich eine Folge der früheren in jus deductio war, und nach unſern — jetzt geltenden Grundſätzen könnte der Käufer hierüber noch ein Erkenntniß verlangen, und wenn ſolches eine Beſchwerde für ihn enthielte, dagegen ein Rechtsmittel ergreifen. Mit den Grundſätzen des Gajus und Modeſtins ſtimmen übrigens auch die Imperatoren Diocletian und Maximian überein:

Const. 10. C. de praediis et aliis rebus minorum (5, 71.)

„Praediorum, quae sine decreto alienata sunt, dominium tibi persequenti Praeses opem feret, apud quem si illuxerit, non universa pretia, quae curatori tuo data sunt, in patrimonium tuum processisse, pro ea duntaxat pecuniae parte te conveniri permittet, quam in facultates tuas erogatam esse constiterit.“ — und

Const. 16. C. ej. tit.

„Si praedium rusticum vel suburbanum, quod ab urbanis non loco, sed qualitate secernitur, in pupillari aetate constituta, tutore autore, vel adulta sine decreto Praesidis provinciae, in qua situm est, venundedisti: secundum sententiam Senatusconsulti dominium ejus, sive jus à te discedere non potuit, sed vindicationem ejus, et fructuum, vel his non existentibus, condictionem competere constitit. Emptor autem si probare potuerit ex caeteris facultatibus obedire te muneribus sive oneribus non potuisse, ad utilitates praeterea tuas cessisse pecuniam, quam pretii nomine sumpseras, doli exceptionis auxilio pretium cum usuris, quas praestitura esses, et sumptus meliorati praedii servare tantummodo potest.“ — (Was praedia suburbana ſeyen, darüber muß ich hier auf meine Schrift:

Die Usucapio und Praescriptio des Römiſchen Rechts. Stuttg. 1832. S. 72—74.

beziehen.) Auch hier bleibt es daher Regel: Der Minderjährige erſetzt den Kaufpreis nebſt Zinſen nur dann und inſoweit er zur Zeit der Streiteinlaſſung hiedurch bereichert iſt, und nur dieſe Regel kann ich auch in des Imperators Antonin

Const. 1. pr. C. de reput. quae fiunt (2, 48.)

„Qui restituitur in integrum, sicut in damno morari non debet, ita nec in lucro: et ideo, quicquid ad eum pervenit, vel ex emtione, vel ex venditione, vel ex alio contractu hoc debet restituere“ finden. — Eine andere Frage aber iſt die: ob und in wie weit der Minderjährige auch die auf eine ſolche Sache von dem Käufer verwendeten Koſten zu erſetzen habe? Nach der oben S. 162 abgedruckten Stelle Scävolas

Fr. 39. §. 1. D. h. t.

welche ausdrücklich von „omnibus expensis“ ſpricht, ſollte man nun wohl glauben: daß alle Koſten, welche der Käufer auf ſie verwendet habe, zu erſetzen ſeyen. Allein Modeſtin

Fr. 32. §. 5. D. de adm. et peric. tut. (26, 7.)

„Item respondit: sumptibus voluptatis causa ab emptore factis adolescentem onerandum non esse. Qui tamen ab eodem aedificio ita auferri possunt, ut in facie pristina, id est, quae fuit ante venditionem, aedificium esse possit, emptori auferre permitti oportere“ — nimmt ganz ausdrücklich die bloß zum Vergnügen des Käufers aufgewandten aus, und die Imperatoren Diocletian und Maximian, welche in der o. S. 180 abgedruckten

Const. 16. C. de praediis et aliis rebus min. (5, 71.)

nur von den sumtibus meliorati, d. h. eines wirklich verbeſſerten, nicht bloß zum Vergnügen eingerichteten praedii ſprechen, ſind wohl auch nur von nothwendigen und nützlichen (necessariis et utilibus sumtibus s. expensis) zu verſtehen. Ganz daſſelbe aber, und daß der Minderjährige nur inſoweit, als er zur Zeit der Streiteinlaſſung bereichert iſt, zu reſtituiren hat, iſt auch dann der Fall: wenn derſelbe eine ihm nachtheilige Erbſchaft angetreten, oder von einer ſolchen nicht abſtinirt hat, und nachher dagegen reſtituirt worden iſt, nach des Imperators Antonin

Const. 1. §. 2. C. de reputat. (2, 48.)

„Sed et cum minor adiit haereditatem et restituitur: mox quicquid ad eum ex haereditate pervenit, debet praestare. Verum et si quid dolo ejus factum est, hoc eum praestare convenit. — Was namentlich aber die Wirkung der Reſtitution in Beziehung auf Dritte betrifft, ſo kann der Minderjährige in Gemeinſchaft mit Andern mit einem Dritten contrahirt haben, und dieſe Andere berührt nun die bloß den Minderjährigen zuſtehende Reſtitution nicht, nach Scävola

Fr. 47. §. 1. D. h. t.

„Curator adolescentium praedia communia sibi, et his, quorum curam administrabat, vendidit. Quaero, si decreto Praetoris adolescentes in integrum restituti fuerint, an eatenus venditio rescindenda sit, quatenus adolescentium pro parte fundus communis fuit? Respondi eatenus rescindi, nisi si emptor à toto contractu velut discedi, quod partem empturus non esset.“ — Ganz richtig aber iſt, wenn Scävola hier bemerkt, daß der Käufer eines Grundſtücks, welches ihm theilweiſe im Wege der Reſtitution entwunden wird, nicht ſchuldig ſey, den Kauf in Beziehung auf die übrigen Theile zu halten. Mit der Anſicht des Scävola ſtimmen auch die Imperatoren Diocletian und Maximian

Const. un. C. si in communi etc. (2, 26.)

überein: „Nec si major XXV annis soror vestra fuit, vobis non mandantibus, nec ratam transactionem habentibus, de jure vestro quicquam minuere potuit. Nam si cognitis, quae gessit, his consensum post XXV annos aetatis commodastis: quamvis illa minor pro portione sua restitutionis auxilium implorare possit: vobis tamen ad communicandum edicti perpetui beneficium ejus aetas patrocinari non potest.“ — Die Veranlaſſung zu dieſer ein Reſcript enthaltenden Conſtitution finden wir in den Baſilicen

L. X. tit. 8. Fr. 1. (Ed. *Fabr.* Tom. I. p. 646. Ed. *Heimb.* Tom. I. p. 519.)

„Τρεῖς ἦσαν ἀδελφοί, δύο μὲν ἄῤῥενες, μία δὲ θήλεια, καὶ κοινὸν εἶχον χρεώστην, ἀλλ᾽ ἡ μὲν	„Tres erant fratres, duo quidem masculi, femina autem una, et communem de-

ϑήλεια πρὸς τοῦτον τὸν ἐπίκοινον χρεώστην διελύσατο, ἔτι ἐλάττων οὖσα τῶν κέ. ἐτῶν. οἱ δὲ ἀδελφοὶ αὐτῆς μείζονες ὄντες τῶν εἰκοσιπέντε ἐνιαυτῶν ηὐλαβήϑησαν, μή τι γέγονεν αὐτοῖς πρόκριμα, ἐξ ὧν διελύσατο ἡ ἀδελφὴ αὐτῶν, καὶ περὶ τούτου βασιλεῖ ἐδεήϑησαν. καὶ ἀντιγράφει πρὸς αὐτοὺς ὁ βασιλεὺς οὕτως.“

bitorem habebant. Femina autem minor adhuc viginti quinque annis cum communi debitore transegerat. Fratres autem ejus majores vigintiquinque annis verebantur, ne sororis transactio aliquod ipsis praejudicium afferret: eaque de re preces Principi obtulerunt. Princeps ad eos ita rescribit.“

— und nun folgt die obige Conſtitution. Hat ein Minderjähriger ſeinen Schuldner im weiteren Sinne des Worts von ſeiner Verbindlichkeit befreit, ſo lebt dieſe durch die Reſtitution, und zwar nicht bloß gegenüber von dem Hauptſchuldner, ſondern auch gegenüber von den Bürgen deſſelben und den von ihm beſtellten Unterpfändern wieder auf. Waren der Schuldner mehrere, und dieſe geſammtverbindlich, ſo ſtellt die Reſtitution auch die Geſammt-Verbindlichkeit wieder her, nach Gajus

Fr. 27. §. 2. D. h. t.

„Si minor annis viginti quinque sine causa debitori acceptum tulerit: non solum in ipsum, sed et in fidejussores, et in pignora actio restitui debet. Et, si ex duobus reis alteri acceptum tulerit, in utrumque restituenda est actio.“ — Hat der Minderjährige ſtatt ſeines zahlungsfähigen Schuldners einen zahlungsunfähigen angenommen, und den Erſteren befreit, ſo lebt durch die Reſtitution die Verbindlichkeit des Erſteren wieder auf, nach Gajus

Fr. 27. §. 3. D. h. t.

„Ex hoc intelligimus, si damnosam sibi novationem fecerit, forte si ab idoneo debitore ad inopem novandi causa transtulerit obligationem, oportere eum in priorem debitorem restitui.“ — Natürlich aber wird, wenn der Minderjährige ſich für Jemand verbürgt hat, und gegen dieſe Bürgſchaft reſtituirt wird, der Hauptſchuldner hiedurch nicht befreit, nach Paulus

Fr. 48. pr. D. h. t.

(welches beinahe wörtlich aus ſeinen

Recept. Sentent. L. I. tit. 9. §. 5.

entnommen iſt) „Minor, se in id, quod fidejussit, vel mandavit, in integrum restituendo, reum principalem non liberat“ und des Imperators Antonin

Const. 1. §. 1. C. de reputat. (2, 48.)

„Sed et si intercessor minor XXV annis intervenerit, in veterem debitorem debet restitui actio.“ — Von dieſer Regel findet auch nur dann eine Ausnahme Statt, wenn der Minderjährige durch einen dolus des Gläubigers zum Eintritt in die Verbindlichkeit eines Andern veranlaßt wurde, von welcher Ausnahme weiter unten die Rede ſeyn wird. Hieher gehört nun auch des Pomponius

Fr. 50. D. h. t.

„Inius Diophantus Pomponio suo salutem. Minor XXV annis novandi animo intercessit pro eo, qui temporali actione tenebatur tunc, cum adhuc supererant decem dies: et postea in integrum restitutus est, utrum restitutio, quae creditori adversus priorem debitorem datur, decem dierum sit, an plenior? ego didici, ex tempore in integrum restitutionis tantundem temporis praestandum, quantum supererat: tu quid de eo putas, velim rescribas. Respondit: Sine dubio, quod de temporali actione, in qua intercessit minor, sensisti, puto verius esse, ideoque et pignus, quod dederat prior debitor, manet obligatum“ — welche die Baſiliken alſo geben:

L. X. tit. 4. Fr. 50. (Ed. *Fabr.* Tom. I. p. 634. Ed. *Heimb.* Tom. I. p. 514.)

„Ἀγωγὴν εἶχον κατὰ σοῦ χρονικήν, ᾗ τινι τυχὸν δέκα ἡμέραι ὑπελείποντο· αὕτη εἰς νέον μετετέθη. ἀποκαθισταμένου αὐτοῦ, μόναι αἱ δέκα ἡμέραι ἀποκαθίστανταί μοι· καὶ τὰ ἐνέχυρα δέ, ἅπερ ἧς δεδωκώς μοι, ὑπόκεινται.“

„Actionem temporalem adversus te habebam, cui decem forte dies supererant: haec in minorem novatione facta translata est. Eo restituto, decem tantum dies mihi restituuntur; et pignora, quae mihi dederas, obligata manent.“

Der Sinn dieſer Stelle iſt nehmlich der: daß die Verbindlichkeit nur in dem Umfange und Zuſtande, in welchem ſie ſich vor dem Eintritt des Minderjährigen

befand, wieder auflebe. Hätte daher die Klage ſich zu der Zeit, wo der Minderjährige eintrat, nach Verfluß von zehn Tagen verjährt, ſo wird durch die Reſtitution nur eine noch zehn Tage währende Klage wieder hergeſtellt. Keineswegs aber wird durch dieſelbe die frühere Verjährung aufgehoben, oder die Klage gar eine actio perpetua im Sinne des früheren Römiſchen Rechts. — Eine beſondere Unterſuchung verdient nun die Frage: Welche Wirkung die Reſtitution auf die Bürgen des Minderjährigen habe? Hierüber äußert ſich Ulpian

Fr. 13. pr. D. h. t.

„In causae cognitione versabitur, utrum soli ei succurrendum sit, an etiam his, qui pro eo obligati sunt, utputa fidejussoribus. Itaque si cum scirem minorem, et ei fidem non haberem, tu fidejusseris pro eo: non est aequum, fidejussori in necem meam subveniri: sed potius ipsi deneganda erit mandati actio. In summa, perpendendum erit Praetori: cui potius subveniat, utrum creditori, an fidejussori? Nam minor captus neutri tenebitur. Facilius in mandatore dicendum erit, non debere ei subvenire: hic enim velut adfirmator fuit, et suasor, ut cum minore contraheretur. Unde tractari potest: minor in integrum restitutionem utrum adversus creditorem, an et adversus fidejussorem implorare debeat? Et puto tutius adversus utrumque. Causa enim cognita, et praesentibus adversariis, vel si per contumaciam desint, in integrum restitutiones perpendendae sunt: — Schon aus dieſer Stelle erſehen wir, daß die dem Minderjährigen ertheilte Reſtitution die Bürgen deſſelben nicht berührte. Nun konnte allerdings der reſtituirte Minderjährige von demjenigen Bürgen, welcher ſich auf ſeinen Auftrag für ihn verbürgt hatte, mittelſt der actio mandati contraria belangt werden, und in dieſer Beziehung hätte ihn allerdings die Reſtitution, welche ihm gegenüber von ſeinem Gläubiger ertheilt worden, nichts genützt. Man mußte alſo dem Bürgen die ihm gegen den Minderjährigen zuſtehende Rückgriffsklage benehmen, und um gegen alle Anfechtungen ſicher zu ſeyn, blieb nichts übrig, als daß der Minderjährige nicht nur gegenüber von ſeinem Gläubiger, ſondern auch gegenüber von ſeinem Bürgen um

Reſtitution hat, welche jedoch in dem Verhältniß des Gläubigers zu dem Bürgen durchaus nichts veränderte. Ganz klar drücken ſich hierüber auch die Imperatoren Severus und Antonin in der

Const. 1. C. de fidej. min. (2, 24.)

aus: „Postquam in integrum aetatis beneficio restitutus es, periculum evictionis emptori, cui praedium ex bonis paternis vendidisti, praestare non cogeris. Sed ea res fidejussores, qui pro te intervenerunt, excusare non potest. Quare mandati judicio, si pecuniam solverint, aut condemnati fuerint, convenieris: modo si eo quoque nomine restitutionis auxilio non juvaberis.“ — Den Fall, welcher dieſe Conſtitution veranlaßte, erzählen uns die Baſiliken

L. X. tit. 6. Fr. 1. (Ed. *Fabr.* Tom. I. p. 641. u. 642. Ed. *Heimb.* Tom. I. p. 517. u. 518.)

„Εδανείσατό τις καὶ ὑπέθετο κτῆμα ἴδιον τῷ δανειστῇ· μετὰ ταῦτα ἐτελεύτησεν ἐπὶ ἑνὶ παιδὶ κληρονόμῳ· οὗτος ἐνέμιξεν ἑαυτὸν τῇ πατρῴᾳ κληρονομίᾳ καὶ πέπρακεν ὡς κληρονόμος τὸν ὑπὸ τοῦ πατρὸς αὐτοῦ κατενεχυριασθέντα, δεδωκὼς καὶ ἐγγυητὴν ἐπὶ τῇ καθαροποιήσει τούτου τοῦ ἀγροῦ. μετὰ ταῦτα αἰσθόμενος ἄπορον εἶναι ἢ ἄλλως πως φευκτέαν τὴν πατρῴαν κληρονομίαν, ᾔτησεν ἀποκατάστασιν, καὶ ἀπηλάγη τοῦ κλήρου. ἀλλ' ἐλθὼν ὁ τοῦ πατρὸς αὐτοῦ δανειστὴς ἐξεδίκησε τὸν ἀγρὸν τὸν ὑπὸ τοῦ νέου πεπραμένον. ὁ δὲ ἀγοράσας παρὰ τοῦ νέου ἐκίνει κατ' αὐτοῦ, δηλονότι τὴν ἐπὶ τῇ πράσει ἀγωγήν, ὡς ἐκδικηθέντος τοῦ πραθέντος αὐτῷ κτήματος. ὁ δὲ ἔλεγε· πέπρακά σοι ὡς κληρονόμος τοῦ πατρός, ἀπέστην δὲ

„Quidam mutuam pecuniam acceperat et praedium suum creditori obligaverat: postea decessit filio unico herede relicto, qui paternae hereditati se immiscuit, et quasi heres agrum a patre suo pignori datum vendidit, et evictionis quoque hujus agri nomine fidejussorem dedit. Cum autem postea animadverteret, paternam hereditatem solvendo non esse, aut quo alio modo evitandam, restitutionem petiit et abstinuit hereditate. Sed creditor patris venit et fundum a minore distractum evicit. Qui vero a minore emerat, actione ex emto, utpote fundo vendito sibi evicto, eum conveniebat: minor dicebat, se tan-

τοῦ πατρῴου κλήρου καὶ οὐ κατέχομαί σοι· ἀλλ' ὁ ἀγοραστὴς διεμάχετο πρὸς αὐτὸν λέγων· ὅτι ἡ ἀπόστασις ἀπήλλαξέ σε τῶν πατρῴων συναλλαγμάτων, οὐ μὴν τὰ παρὰ σοῦ αὐτοπροσώπως γενόμενα συναλλάγματα ἀνέτρεψε· σὺ γάρ μοι πέπρακας τὸν ἀγρόν, οὐχ ὁ σὸς πατήρ. ἠπείλει δὲ ταῦτα λέγων ὁ ἀγοραστής, κατὰ τῶν ἐγγυησαμένων τὸν νεώτερον ἐπὶ ταύτῃ τῇ πράσει κινεῖν· προσῆλθεν οὖν ὁ νέος τῷ βασιλεῖ ταῦτα πάντα ἀφηγούμενος· καὶ ἀντέγραψε πρὸς αὐτὸν ὁ βασιλεὺς οὕτως."

quam heredem patris praedium ei vendidisse, hereditate autem paterna abstinuisse, eique non teneri. Emtor autem replicabat, abstentionem quidem eum paternis contractibus liberare, nec vero contractus ab eo ipso initos rescindere: tu enim praedium mihi vendidisti, non pater tuus. Haec emtor dicens adversus eos, qui pro minore propter hanc venditionem fidejusserunt, se acturum minabatur. Principem igitur minor adiit, haec omnia exponens, eique Princeps hoc modo rescripsit."

— und nun folgt die obige Conſtitution, ſodann die Imperatoren Diocletian und Maximian in der

Const. 2. C. ej. tit.

„Si ea, quae tibi vendidit possessiones interposito decreto praesidis, aetatis tantummodo auxilio juvatur: non est dubium, fidejussorem ex persona sua obnoxium esse contractui: verum si dolo malo apparuerit contractum interpositum esse: manifesti juris est, utrique personae, tam venditricis, quam fidejussoris, consulendum esse"
— deren Veranlaſſung uns gleichfalls die Baſiliken erzählen

l. s. c. Fr. 2. (Ed. *Fabr.* Tom. I. p. 642. u. 643. Ed. *Heimb.* Tom. I. p. 518.)

„Ἐλάττων τις τῶν εἰκοσιπέντε ἐνιαυτῶν ὑπάρχουσα πέπρακεν ἀγρούς, ἐγγράφου ψηφίσματος κατὰ τὸν νόμον προηγησαμένου. δέδωκε δὲ καὶ ἐγγυητὰς ἐπὶ τῇ βεβαιώσει τῆς πράσεως. ἀλλὰ μετὰ ταῦτα ἀποκατάστασιν ᾔτησε καὶ ἀνέτρεψε τὴν πρᾶσιν. ὁ τοίνυν ἀγοραστὴς προσῆλ-

„Mulier quaedam minor viginti quinque annis praedia vendidit, decreto in scriptis secundum legem praecedente. Fidejussores quoque dedit ad venditionis confirmationem. Postea tamen restitutionem petiit, et venditionem revocavit. Em-

θε βασιλεῖ ἐξαιτῶν κατὰ τοῦ ἐγγυησαμένου τὴν πωλήσασαν κινῆσαι. καὶ ἀντιγράφει πρὸς αὐτὸν ὁ βασιλεὺς οὕτως."

tor igitur Principem adiit poſtulans, ut adverſus fidejuſſorem venditricis ageret: ad eumque Princeps ita reſcribit"

— und nun folgt unſere Conſtitution. Als beſonders merkwürdig aber muß ich die Parallele in der letzten Conſtitution ausheben, worin zwiſchen demjenigen Falle, wenn das Rechtsgeſchäft aus objectiven, und wenn es bloß aus ſubjectiven Gründen aufgehoben wird, unterſchieden iſt. Im erſteren Falle werden nehmlich auch die Bürgen befreit, im letzteren nicht, weil die Reſtitution lediglich nur dem Minderjährigen ertheilt werden kann, und ſich auf Dritte nicht erſtreckt. Hatte daher der Minderjährige einen Curator, oder war er noch unmündig und ſtand unter Tutel, und hatte er ohne Auctorität ſeines Tutors oder Zuſtimmung ſeines Curators ein ihm nachtheiliges Rechtsgeſchäft abgeſchloſſen, in welchem Falle ja der andere Contrahent gar kein Klagerecht erhielt, weil das Rechtsgeſchäft nichtig war (oben S. 147), ſo hatte der andere Contrahent, weil er überhaupt kein Klagerecht, ſomit auch keines gegen den Bürgen erworben, und daher haftet auch der Bürge nicht, womit auch Ulpian und Gajus übereinſtimmen. Erſterer in dem

Fr. 6. D. de V. O. (45, 1.)

„Is, cui bonis interdictum eſt, ſtipulando ſibi adquirit: tradere vero non poteſt, vel promittendo obligari: et ideo nec fidejuſſor pro eo intervenire poterit, ſicut nec pro furioſo." — Letzterer

Fr. 70. §. 4. D. de fidej. (46, 1.)

„Si a furioſo ſtipulatus fueris, non poſſe te fidejuſſorem accipere certum eſt: quia non ſolum ipſa ſtipulatio nulla intercesſiſſet, ſed nec negotium quidem ullum geſtum intelligitur. Quod ſi pro furioſo jure obligato fidejuſſorem accepero, tenetur fidejuſſor." — Mit dieſer Stelle ſteht auch Ulpians

Fr. 25. D. de fidej. (46, 1.)

„Marcellus ſcribit, ſi quis pro pupillo ſine tutoris auctoritate obligato, prodigove, vel furioſo fidejuſſerit: magis eſſe, ut ei non ſubveniatur: quoniam his mandati actio non competit" — (ſtatt der letzteren Worte von „quoniam competit" enthalten die Baſiliken

L. XXVII. tit. 1. Fr. 25. (Ed. *Fabr.* Tom. IV. p. 99.)
folgende Stelle, welche offenbar als die richtige erſcheint: „οὐκ ἔχει δὲ κατ᾽ αὐτῶν τὴν τῆς ἐγγυῆς ἐνοχὴν“ — „non habet autem adversus eos mandati judicium“) — durchaus nicht im Widerſpruch, denn dieſe Stelle handelt vielmehr von dem Falle, wenn Jemand für einen Unmündigen, welcher ohne Auctorität des Tutors ſich verbindlich machte, gerade deßwegen, weil er ſich ohne Auctorität ſeines Tutors verbindlich gemacht hatte, ſich verbürgte, gerade ſo wie ſich Ulpian in dem

Fr. 9. §. 3. D. de SC. Maced. (14, 6.)

„Non solum filiofamiliàs, et patri ejus succurritur: verum fidejussori quoque, et mandatori ejus: qui et ipsi mandati habent regressum: nisi forte donandi animo intercesserint. Tunc enim, cum nullum regressum habeant, Senatusconsultum locum non habebit“ — in Beziehung auf das Senatusconsultum Macedonianum ausdrückt „nisi forte donandi animo intercesserit“, denn in dem Falle, wenn ſich Jemand für einen Mündel oder Minderjährigen gerade deßwegen verbürgt, weil der Unmündel das Rechtsgeſchäft ohne Auctorität ſeines Tutors, der Minderjährige ohne Zuſtimmung ſeines Curators abgeſchloſſen hat, konnte ja Klagerecht gegen den an die Stelle deſſelben getretenen Bürgen erworben werden. — Ich glaube zwar durch die bisherige Darſtellung den Satz: daß die Reſtitution eines Minderjährigen dem Bürgen deſſelben nicht zu gut komme, hinreichend erwieſen zu haben, der Vollſtändigkeit halber muß ich aber doch noch einer Stelle des Paulus

Sent. Rec. L. I. tit.

erwähnen, ſie lautet alſo: „Qui sciens prudensque se pro minore obligavit, si id consulto consilio fecit, licet minori succurratur, ipsi tamen non succurretur.“ Man könnte nehmlich gar leicht in Verſuchung kommen, die Stelle umzukehren, und dann ihr per argumentum è contrario den Satz zu entlocken: „Qui nesciens et imprudens se pro minore obligavit, si id non consulto consilio fecit, si minori succurratur et ei succurretur.“ Allein hierauf erwiedere ich Folgendes: Urſprünglich mag wohl die Frage: ob die dem Minderjährigen ertheilte Reſtitution auch dem Bürgen zu

Statten komme? ſtreitig geweſen ſeyn, und daß in der Doctrin wenigſtens die verneinende Anſicht nicht die herrſchende war, iſt noch aus der Faſſung des Ulpianiſchen Fr. 13. pr. D. h. t. (S. 185) zu erſehen. Darüber aber, daß der Bürge, wenn er ſich gerade deßwegen, weil es ein Minderjähriger war, für ihn verbürgt hatte, in jedem Fall hafte, war man einverſtanden. Paulus konnte daher auch dieſen Satz in ſein Sententias receptas, d. h. in die Sammlung der von der Doctrin als unbeſtritten angenommenen Rechtsſätze, aufnehmen. Die Frage im Allgemeinen aber mußte er, weil zu ſeiner Zeit die Doctrin hierüber noch nicht einig war, übergehen. Dieſe Erklärung aber erſcheint um ſo richtiger, als auch Paulus ſelbſt der Anſicht war, daß dem Bürgen des Minderjährigen die dem Minderjährigen ertheilte Reſtitution nicht zu gut komme, nach

Fr. 7. §. 1. D. de except. (44, 1.)

„Rei autem cohaerentes exceptiones etiam fidejussoribus competunt: ut rei judicatae, doli mali, jusjurandi, quod metus causa factum est. Igitur etsi reus pactus sit in rem, omnimodo competit cxceptio fidejussori. Intercessionis quoque exceptio: item, quod libertatis onerandae causa petitur, etiam fidejussori competit. Idem dicitur, et si pro filiofamiliâs contra Senatusconsultum quis fidejusserit, aut pro minore XXV annis circumscripto. Quod si deceptus sit in re, tunc nec ipse ante habet auxilium, quam restitutus fuerit, nec fidejussori danda est exceptio.“ — Hier kommt nun freilich Alles darauf an, was man denn eigentlich unter dem „minor circumscriptus“ und „deceptus in re“ zu verſtehen habe? Dieß aber ſehen wir aus den Baſiliceu

L. LI. tit. 1. Fr. 8. (in *Meerm.* Thes. I. C. et C. Tom. V. p. 80.)

welche die Stelle von „aut pro minore“ bis zum Ende alſo geben:

„Ἢ τὸν περιγραφόμενον; εἰ δὲ νομίμως περιεγράφῃ, οὔτε αὐτὸς χωρὶς ἀποκαταστάσεως βοηθεῖται, οὔτε τε ὁ ἐγγυητὴς αὐτοῦ παραγραφὴν ἔχει.“

„Vel pro minore circumscripto: sed si jure circumscriptus fuerit, neque ipse absque restitutione adjuvatur, neque fidejussor ejus exceptionem habet.“

Wohl iſt alſo nach dieſer Stelle die Lesart der Vulgata „jure“ ſtatt „in re“ die richtigere. Daß es auch ein circumscribere jure gebe, erſehen wir aus Ulpians

Fr. 16. §. 4 D. h. t.

„Idem Pomponius ait, in pretio emtionis et venditionis naturaliter licere contrahentibus se circumvenire“ — und Paulus

Fr. 22. §. 3. D. loc. cond. (19, 2.)

„Quemadmodum in emendo, et vendendo, naturaliter concessum est, quod pluris sit, minoris emere, quod minoris sit, pluris vendere, et ita invicem se circumscribere: ita in locationibus quoque et conductionibus juris est.“ — Es gibt alſo ein decipere jure, und ein decipere non jure, was wir am leichteſten aus folgendem Beyſpiele erſehen: A. verkauft an B. ein Grundſtück, welches einen Werth von 200 fl. hat, um 150 fl., weil er gerade in Geldnoth iſt. Hier kann nun A. den Verkauf nicht anfechten, wenn er volljährig iſt, dagegen aber kann er, wenn er minderjährig iſt, ſich gegen denſelben reſtituiren laſſen. A. iſt alſo jedenfalls jure deceptus, und eben deßwegen, weil ihm nach allgemeinen Rechtsgrundſätzen nicht geholfen werden kann, muß er zu der Reſtitution ſeine Zuflucht nehmen. Setzen wir aber, A. hätte für das gedachte Grundſtück nur 80 fl. erhalten, ſo konnte er auch als volljährig nach der

Const. 2. C. de rescind. vendit. (4, 44.)

den Verkauf anfechten, und eben deßwegen konnte er auch als minderjährig der Reſtitution ſich nicht bedienen, weil er nach Ulpians oben S. 152 abgedrucktem

Fr. 16. pr. D. h. t.

„communi auxilio, et mero jure munitus“ war. Paulus Anſicht war alſo die des Ulpian, nur war ſie noch nicht allgemein angenommen (sententia recepta). Noch habe ich hier einer Stelle Papinians zu erwähnen, welche gewöhnlich für den Satz: daß auch dem Bürgen die Reſtitution zu gut komme, angeführt wird. Es iſt das

Fr. 95. §. 3. D. de solut. (46, 3.)

„Quod vulgo jactatur, fidejussorem, qui debitori haeres extitit, ex causa fidejussionis liberari: totiens verum est, quotiens rei plenior promittendi obligatio invenitur. Nam si reus duntaxat fuit obligatus, fidejussor liberabi-

tur: è contrario non potest dici non tolli fidejussoris obligationem, si debitor propriam et personalem habuit defensionem. Nam si minori viginti quinque annis bonae fidei pecuniam credidit, isque nummos acceptos perdidit, et intra tempora in integrum restitutionis decessit haerede fidejussore: difficile est dicere causam juris honorarii, quae potuit auxilio minori esse, retinere fidejussoris obligationem, quae principalis fuit, et cui fidejussoris accessit sine contemplatione juris praetorii. Auxilium igitur restitutionis fidejussori, qui adolescenti haeres extitit, intra constitutum tempus salvum erit" — und hieher gehört auch die merkwürdige Stelle der Baſiliken L. XXVI. tit. 5. Fr. 95. §. 2. (Ed. *Fabr.* Tom. IV. p. 163.)

„Τὸ λεγόμενον ὅτι κληρονομῶν ὁ ἐγγυητὴς τὸν χρεώστην ἐλευθεροῦται τῆς ἐγγύης, τότε ἀληθές ἐστιν, ὅτε πλέον αὐτῆς εἶχεν ἡ πρωτότυπος· εἰ γὰρ ὁ ἐναγόμενος φύσει μόνον ἐνείχετο, οὐκ ἀπόλλυται· εἰ δὲ προσωπικὴν βοήθειαν εἶχεν ὁ χρεώστης, ἀπόλλυται ἡ ἐγγύη. ἐὰν γὰρ ὁ ἀφῆλιξ δανεισάμενος ἀπολέσῃ τὰ νομίσματα, καὶ ὁ ἐγγυητὴς αὐτοῦ κληρονομήσῃ, ἔχει καὶ αὐτὸς εἴσω τοῦ ὡρισμένου χρόνου τὴν ἀποκατάστασιν."

„Quod vulgo dicitur, fidejussorem, qui debitori heres exstitit, liberari obligatione fidejussoria, tunc verum est, cum plenior ea est obligatio principalis: nam si reus natura duntaxat fuit obligatus, non tollitur fidejussoris obligatio. Si vero debitor personale auxilium habuit, tollitur. Nam si minor mutuam pecuniam quam accepit perdiderit, et fidejussor heres ei exstiterit, ipse quoque intra constitutum tempus auxilium restitutionis implorabit."

Vorerſt will ich mir nun einige kritiſche Bemerkungen erlauben. Die Stelle „Nam si reus duntaxat fuit obligatus, fidejussor liberabitur" lautet in den Baſiliken ganz anders, nehmlich ſo: „εἰ γὰρ ὁ ἐναγόμενος φύσει μόνον ἐνείχετο, οὐκ ἀπόλλυται" — „nam si reus natura duntaxat fuerit obligatus, non tollitur fidejussoris obligatio" — und nach den Baſiliken müßte unſere Stelle alſo heißen: „Nam si reus *natura* duntaxat fuit obligatus, fidejussor *non* liberabitur." — Dieſe Lesart, für welche nun freilich nur die Auctorität der Baſiliken angeführt werden kann,

hatte

hatte ſchon den Beifall des Cujacius, Charondas und Fabers, und wurde neuerlich wieder von Schulting

Notae ad Digesta sive Pandectas Ed. *Smallenburg*. Tom. VII. Lugd. Batav. 1832. p. 120 u. 121.

unterſtützt. Allein ſie hat nicht nur die Auctorität der Baſiliken, ſondern auch die der Natur der Sache für ſich. Was nehmlich erſtlich das Wort „natura“ betrifft, ſo werde ich unten hierauf zurückkommen. Betreffend aber das Wörtchen „non“, ſo ſieht man ſchon aus den Worten „è contrario“, daß nach Papinian dieſe und die folgende Stelle Gegenſätze enthalten ſollten. Lieſt man aber bloß „liberabitur“, ſo iſt von Gegenſätzen überall nicht die Rede, ſondern beyde Sätze enthalten vielmehr ja das Gleiche, nehmlich die Befreiung des Bürgen, woraus ſich ſchon die Nothwendigkeit des Wörtchens „non“ ergibt, denn da der Bürge im zweiten Satze, dem Gegenſatze des erſten, befreit wird, ſo muß er nothwendig im erſten Satze nicht befreit werden. Ich gehe nun aber zur Hauptſache über: Papinian ſagt uns, man ſtelle gewöhnlich den Satz auf: „fidejussorem, qui debitori heres extitit, ex causa fidejussionis liberari“ — der Bürge, welcher Erbe des Hauptſchuldners werde, werde hiedurch von ſeiner Bürgſchafts-Verbindlichkeit befreit. Dieſer Satz iſt offenbar ein an ſich vernunft- und ſachgemäßer Satz, denn da ſchon nach dem Begriffe der Bürgſchaft Niemand ſein eigener Bürge ſeyn kann, ſo kann auch der Bürge, welcher den Hauptſchuldner beerbt hat, und ſomit ganz an deſſen Stelle getreten iſt, nicht zugleich Hauptſchuldner, und noch dazu ſein eigener Bürge ſeyn. Gegen dieſen Satz hat auch Papinian an ſich nichts einzuwenden. Nur das aber beſtreitet er, daß dieſer Satz ſo ganz unbedingt auf alle Fälle der Bürgſchaften paſſe, und bemerkt, daß er nur mit Vorſicht, und cum grano salis angewendet werden müſſe. Er verſucht nun auch die ganz beſtimmte Regel für ſeine Anwendbarkeit in den Worten zu geben: „totiens verum est, quotiens rei plenior obligatio invenitur.“ Er ſagt alſo: nur dann könne er zur Anwendung kommen, wenn der Hauptſchuldner (denn daß unter dem Worte „reus“ hier der Hauptſchuldner zu verſtehen ſey, wird wohl keiner weitern Nachweiſung bedürfen) in dem gleichen

oder einem höhern Grade verbindlich ſey als der Bürge. Papinian behauptet alſo, daß wenn der Bürge in einem höhern Grade verbunden ſey als der Hauptſchuldner, er, unerachtet er Erbe des Hauptſchuldners geworden ſey, immer noch dem Gläubiger, als Bürge, hafte. — Dieſen Satz ſucht er durch Beyſpiele zu belegen und zu erläutern. Er mußte alſo zuerſt zeigen, daß wenn die Verbindlichkeit des Hauptſchuldners nicht auf gleicher oder höherer Linie mit der des Bürgen ſtehe, der Bürge immer noch, wenn er gleich Erbe des Hauptſchuldners geworden, als ſolcher hafte. Nun zeigt uns ſchon das Wort „duntaxat“ (vgl. I. Bd. S. 450 u. 451) an, daß Papinian die Verbindlichkeit des Bürgen höher, die des Hauptſchuldners aber niederer ſtellen wollte, und hier hilft uns das Wörtchen „natura“ aus der Noth. Setzen wir nehmlich unter Vorausſetzung der Grundſätze des früheren Römiſchen Rechts den Fall: Die Verbindlichkeit des Hauptſchuldners war keine klagbare, ſondern eine bloß natürliche Verbindlichkeit, z. B. der Hauptſchuldner hatte ſich nur mittelſt eines pacti verbindlich gemacht, der fidejuſſor aber hatte nach Gajus

Comment. L. III. §. 113.

die Frage: „Idem fide tua eſſe jubes“ mit einem deutlichen und vernehmlichen „jubeo“ erwiedert, und ſomit eine nach der Strenge des Civilrechts klagbare Verbindlichkeit eingegangen, dann wird der Bürge als ſolcher nicht befreit „non liberatur.“ Denn es kann ihn als Erben des Hauptſchuldners nichts nützen, daß gegen ihn keine klagbare Verbindlichkeit vorlag, während ſeine, des Bürgen, eigene Verbindlichkeit eine klagbare war. Er geht nun ferner auf die Frage über: Wie es dann zu halten ſey, wenn der Hauptſchuldner die Verbindlichkeit — die klagbare civilrechtliche Verbindlichkeit (plena s. plenior obligatio) aus einem bloß ſubjectiven — im Gegenſatze gegen einen objectiven — Grund hätte anfechten können, und hier kommt er dann auf die Reſtitution zu ſprechen. Setzen wir alſo den Fall: der Minderjährige, welcher keinen Curator hatte, oder, wenn er einen hatte, hat mit Einwilligung deſſelben ein Rechtsgeſchäft abgeſchloſſen, und dieſes Rechtsgeſchäft war ihm nachtheilig. An ſich war nun dieſes Rechtsgeſchäft gültig, es war aus demſelben eine

klagbare Verbindlichkeit des Minderjährigen (plena s. plenior obligatio) entſtanden, der Minderjährige konnte ſich aber dagegen, weil er minderjährig war, „quia propriam et personalem habuit exceptionem“ reſtituiren laſſen. Hier ſpricht Papinian auch dem Bürgen des Minderjährigen als Erben deſſelben die Reſtitution zu, und zwar nach ſeinem Grundſatze ganz folgerecht, denn die Verbindlichkeit des Hauptſchuldners und die des Erben ſtanden auf gleicher Stufe, bey beyden war eine plena obligatio vorhanden. Der Bürge war alſo — als ſolcher — nicht in einem höhern Grade als der Hauptſchuldner verbindlich. Somit aber, und da er als Erbe des Hauptſchuldners nun ſelbſt Hauptſchuldner wurde, konnte von einer — in ſeiner eigenen Hauptſchuldners-Eigenſchaft untergegangenen — Eigenſchaft eines Bürgen keine Rede mehr ſeyn. Als Erben des Hauptſchuldners ſtand ihm aber auch (wovon weiter unten) die Reſtitution des minderjährigen Hauptſchuldners zu, und ſomit konnte er auch von dieſer Gebrauch machen. Papinian handelt alſo von einem ganz andern, nehmlich dem Falle: ob und in welchen Fällen der Bürge als Erbe des Minderjährigen ſich als ſolcher, d. h. als Stellvertreter des Minderjährigen, reſtituiren laſſen könne? Gerade aber daraus, daß Papinian die Reſtitution des Bürgen als Erben des Minderjährigen nur dann zuläßt, wenn die Verbindlichkeit des minderjährigen Hauptſchuldners und des Bürgen dem Grade nach gleich waren, folgt, daß wenn der Bürge in einem höheren Grade verbindlich war, ihm als Erben die Reſtitution nicht zukomme. Endlich muß ich noch bemerken, daß wenn man die Worte: „retinere fidejuſſoris obligationem“ hinter die Worte „juris praetorii“ ſetzt, die Stelle viel deutlicher wird. Auch aus dieſer Stelle folgt daher nichts gegen meine obige Anſicht. Vielmehr ſpricht ſie gerade dafür, indem ja, wenn dem Bürgen in allen Fällen die Reſtitution des Minderjährigen zu gut käme, er ſich auch in allen Fällen als Erbe deſſelben reſtituiren laſſen könnte. Bedenklicher iſt allerdings Ulpians

Fr. 51. pr. D. de procurat. (3, 3.)

„Minor XXV annis, si defensor exsistat, ex quibus causis in integrum restitui possit, defensor idoneus non

est, quia et ipsi et fidejussoribus ejus per in integrum restitutionem succurritur.“ — denn auch ich vermag nicht in Abrede zu ziehen, daß hier Ulpian den Satz: daß die Reſtitution eines Minderjährigen auch deſſen Bürgen zu Statten komme, ganz unumwunden ausſpricht. Insbeſondere iſt aber merkwürdig, daß Ulpian, welcher ſich in dem o. S. 185 abgedruckten Fr. 13. pr. D. h. t. noch ſehr ſchüchtern über dieſe Frage äußert, welches Fragment aus ſeinem 11ten Buch ad Edictum genommen iſt, ſpäter und im 60ſten Buch ad Edictum, woraus das obige Fr. 51. entnommen iſt, ſich ſo ganz beſtimmt für die Bürgen ausſpricht, allein ich habe ſchon oben (S. 190) bemerkt, daß zu Ulpians Zeiten die vorliegende Frage zu den ſtreitigen gehörte, und daß ſie erſt durch die Conſtitutionen der Imperatoren Diocletian und Maximian entſchieden wurde; ſo kann es wohl ſeyn, daß entweder Ulpian nachher ſeine Meinung änderte, oder daß er aus Gelegenheit der Materie von den Defenſoren nun nach dem Grund, warum der Minderjährige nicht als defensor idoneus angeſehen werden könne, haſchte, und hier auf eine Sandbank gerieth, ſollte aber das „quandoque bonus dormitat Homerus“ nicht auf den Ulpian paſſen, und dieſer wirklich ſeine Anſicht geändert, oder vielmehr die entgegengeſetzte Anſicht von der früheren, von ihm nur ſchüchtern vorgetragenen, ſich bey ihm feſtgeſetzt haben, ſo paßt es doch jedenfalls auf die Redactoren der Digeſten, welche hier eine wahre Antinomie einſchleichen ließen. Wohl haben aber auch dieſe bey der ganz fremdartigen Materie von den Procuratoren, und da dieſer Satz nur als Erklärungs- und Entſcheidungs-Grund eines andern Satzes vorkommt, nicht gedacht, in welchem Zuſammenhang dieſer Satz mit der Lehre von der Reſtitution ſtehe, und erſt bey dieſer haben ſie dann die Frage erſt in's Auge gefaßt, und die frühere Meinung Ulpians vorgetragen. Die Scholiaſten der Baſilicen wußten freilich dieſe Antimonie auch nicht zu beſeitigen; ſie fühlten wohl, daß eine ſolche vorhanden ſey, und daß namentlich Ulpians Fr. 51. pr. D. de procur. ſich mit Ulpians Fr. 13. pr. D. h. t. nicht vereinigen laſſe, und der Scholiaſt Enantiophanes behandelte daher dieſen Fall unter namentlicher Berufung auf die

ganz entgegengeſetzten Stellen, namentlich die widerſprechenden Stellen **Ulpians**, als eine Ausnahme von der Regel, indem er ſagt:

Ed. *Fabr.* Tom. I. p. 437. Ed. *Heimbach* Tom. I. p. 391.

und in

Meermanni Thes. I. C. et C. Tom. V. p. 42.

„Οὐ πάντοτε οἱ ἐγγυηταὶ τοῦ νέου βοηθοῦνται." — „Non semper tamen minoris fidejussoribus succurritur." — Allein als Ausnahme kann man es nicht betrachten, denn da der Minderjährige nicht defensor idoneus war, ſo konnte er ja auch als ſolcher gar nicht zugelaſſen werden. Wurde er aber doch zugelaſſen, ſo war eben deßwegen, und weil er ein untüchtiger defensor war, die Verhandlung nichtig, und ſomit waren weder er noch ſeine Bürgen verbindlich, weil ſie ſich für etwas, woraus gar kein Klagerecht entſprungen, verbürgt hatten. Dieß folgt aber aus dem Satze, daß der minor kein defensor idoneus ſey; dieſen letzteren Satz, daß nehmlich er kein fidejussor idoneus ſey, aber kann man freilich daraus, daß die ihm ertheilte Reſtitution auch ſeinen Bürgen zu gut komme, nicht ableiten. Etwas Aehnliches mag freilich dem **Ulpian** vorgeſchwebt haben, allein im Cauſalverhältniß hätte er ſich dann, wenn er anders nicht ſeine frühere Anſicht geändert hatte, jedenfalls geirrt. Auch dieſe Stelle vermag daher meine Anſicht nicht zu ändern. Jedenfalls aber iſt die frühere Controverſe dadurch, daß die Imperatoren **Diocletian** und **Maximian** die Anſicht, daß den Bürgen des Minderjärigen die dem Letzteren ertheilte Reſtitution nicht zu gut komme, in ihre Conſtitutionen, beziehungsweiſe Reſcripte (S. 186 u. 187), aufnahmen, beſeitigt, und letztere poſitives Recht geworden. — Noch iſt zu unterſuchen übrig: welche Wirkung die Reſtitution eines Minderjährigen, welcher ſich gemeinſchaftlich mit einem oder Mehreren für einen Andern verbürgte, auf ſeinen oder ſeine Mitbürgen habe? Hierauf erwiedert nun **Papinian**

Fr. 48. D. de fidej. (46, 1.)

„Si Titius et Seja pro Maevio fidejusserint, subducta muliere dabimus in solidum adversus Titium actionem: cum scire potuerit, aut ignorare non debuerit: mulierem frustra intercedere. §. 1. Huic similis et illa quae-

stio videri potest: ob aetatem si restituatur in integrum unus ſidejussor, an alter onus obligationis integrum excipere debeat? sed ita demum alteri totum irrogandum est, si postea minor intercessit, propter incertum aetatis ac restitutionis. Quod si dolo creditoris inductus sit minor, ut ſidejubeat, non magis creditori succurrendum erit adversus conſidejussorem, quam si facta novatione circumvento minore desideraret in veterem debitorem utilem actionem sibi dari" — welche Stelle die Baſiliken

L. XXVI. tit. 1. Fr. 48. (Ed. *Fabr.* Tom. IV. p. 104.)

alſo geben:

„Ἐὰν ἐγὼ καὶ γυνὴ ἐγγυησώμεθα, εἰς ὁλόκληρον ἐγὼ μόνος ἐνέχομαι. εἰ δὲ μετὰ ἀφήλικος ἐγγυήσομαι καὶ ἀποκαταστῇ, τότε εἰς ὁλόκληρον ἐνέχομαι, ὅτε πρῶτος ἐνεγγυησάμην, καὶ ὕστερον ἀφῆλιξ προσελήφθη· εἰ μὴ ἄρα κατὰ δόλον τοῦ δανειστοῦ προσελήφθη· τότε γὰρ οὐ βοηθεῖται ὁ δανειστής. ὥσπερ οὔτε ἡνίκα κατὰ δόλον μέταγάγῃ εἰς ἀφήλικα, καὶ ζητεῖ ἀγωγὴν αὐτῷ δοθῆναι κατὰ τοῦ ποτὲ χρεώστου."

„Si mas et femina pro alio ſidejusserunt, in solidum mas tenetur. Si vero major et minor pro alio ſidejusserint, et minor adversus intercessionem suam restitutus sit, major in solidum tenetur, si primum intercesserit, deinde minor: nisi creditor per dolum effecerit, ut minor ſidejuberet: tunc enim non succurritur creditori: sicut nec si minor dolo creditoris pro debitore expromiserit novatione facta, e desideret in veterem debitorem actionem sibi dari."

Hiebey muß ich jedoch vorerſt vorausſetzen, daß nach Gajus Comment L. III. §. 121.

„Fidejussores vero perpetuo tenentur, et quotquot erunt numero, singuli in solidum obligantur. Itaque liberum est creditori, à quo velit solidum petere. Sed ex epistula divi Hadriani compellitur creditor, à singulis, qui modo solvendo sunt, partes petere" — durch eine epistola (was unter der beſondern Art von Conſtitutionen, welche epistolae genannt wurden, zu verſtehen ſey? darüber iſt der I. Band S. 118 u. 119 zu vergleichen) des Imperators Hadrian der Gläubiger, welcher mehrere ſidejussores (im Gegenſatze von sponsoribus und ſide promissoribus, von welchem am geeigneten Orte die Rede ſeyn wird)

ſich hatte beſtellen laſſen, die einzelnen Fidejuſſoren nur auf ihren Antheil belangen konnte, vorausgeſetzt, daß ſie alle zahlungsfähig waren. Dieſe epistola Hadrians war nun, wie wir als unzweifelhaft annehmen müſſen, dem Papinian, welcher zur Zeit des Imperators Septimius Severus, alſo lange nach Hadrian lebte, bekannt. Nach dieſer epistola aber konnte der Gläubiger, welcher zwey Fidejuſſoren, einen voll- und einen minderjährigen, erhalten hate, jeden nur auf die Hälfte der Schuld belangen. Ließ ſich nun der Minderjährige gegen die von ihm übernommene Bürgſchaft (fidejussio) reſtituiren: ſo entſtand jetzt die Frage: ob der volljährige jetzt allein ſtehende Bürge auf die ganze Schuld belangt werden könne? und hier unterſcheidet Papinan folgende Fälle:

a) Der Minderjährige hat ſich zu gleicher Zeit mit dem Volljährigen verbürgt, der volljährige fidejussor war alſo urſprünglich nur für die Hälfte der Forderung verbindlich. In dieſem Falle ändert die dem Minderjährigen ertheilte Reſtitution an der urſprünglichen Verbindlichkeit des Volljährigen nichts, er wird der Reſtitution unerachtet nicht für das Ganze verbindlich, ſondern er bleibt, wie er es urſprünglich war, nur für die Hälfte verbindlich.

b) Der Volljährige hat ſich zuerſt verbürgt, und der Minderjährige iſt erſt nachher beygetreten. Die Verbindlichkeit des Volljährigen dehnte ſich alſo urſprünglich auf den ganzen Betrag der Schuld aus, und nachher erſt wurde er durch den Beytritt des Minderjährigen von der Hälfte befreit. Hier kann nun der Volljährige ſich nicht beſchweren, wenn durch die Reſtitution ſeine frühere Verbindlichkeit in ihrem ganzen Umfang wieder auflebt, ſo wenig Derjenige, in deſſen Verbindlichkeit der Minderjährige auf eine ihn befreiende Weiſe eingetreten iſt, ſich gegen das Wiederaufleben ſeiner früheren Verbindlichkeit nach erfolgter Reſtitution beſchweren kann. Der Volljährige mußte nehmlich gleich Anfangs ſchon ſeine Befreiung durch den Minderjährigen allerwenigſtens als ſehr zweifelhaft und problematiſch anſehen, was Papinian mit den Worten: „propter incertum aetatis ac restitutionis“ eigentlich ausdrücken will (vgl. oben S. 198). Nun iſt noch

c) ein dritter Fall, deſſen Papinian nicht erwähnt, denkbar, nehmlich der, wenn der Minderjährige zuerſt, und erſt nach ihm der Volljährige ſich verbürgt hat. Wohl hat aber Papinian abſichtlich dieſes Falls nicht erwähnt, weil er ganz wie der Fall a) und zwar aus denſelben Gründen zu entſcheiden iſt. — Ganz anders verhält ſich, fährt Papinian fort, die Sache, wenn der Minderjährige durch einen dolus des Gläubigers zur Bürgſchaft veranlaßt wurde, denn dann bleibt der volljährige Bürge, welcher im Falle b) für den wieder abgehenden Minderjährigen einzutreten hatte, auch nur für die Hälfte verbindlich, und der Grund hievon iſt einfach der, weil der Gläubiger es ſich ſelbſt zuſchreiben muß, wenn er durch ſeinen dolus den volljährigen Bürgen befreite, dieſer dolus aber nachher ihm ſelbſt nachtheilig wurde. Daß auch hier übrigens von einem Reſtitutionsfall die Rede iſt, kann um ſo weniger bezweifelt werden, als der Minderjährige, wenn und ſo weit ihm Reſtitution zuſtand, von der actio doli keinen Gebrauch machen konnte, wie ich oben S. 124 gezeigt habe. Dieſen Fall ſtellt nun Papinian ganz demjenigen gleich, wenn der Minderjährige durch einen dolus des Gläubigers veranlaßt wurde, in die Verbindlichkeiten eines Andern gegen ihn auf eine dieſen Andern befreiende Weiſe einzutreten, denn auch hier wird, und zwar wieder in Folge des dolus, die Verbindlichkeit des frühern Schuldners durch die dem Minderjährigen ertheilte Reſtitution nicht wieder hergeſtellt, während, wenn bey der Novation, beziehungsweiſe Delegation, kein dolus vorgegangen, die Verbindlichkeit des urſprünglichen Gläubigers durch die Reſtitution des Minderjährigen wieder auflebt (vgl. S. 183 u. 184). Noch bleibt die Frage übrig: Wie es dann zu halten ſey, wenn der Minderjährige als Sachwalter eines Volljährigen, oder umgekehrt ein volljähriger Sachwalter für den Minderjährigen handelt, und ob auch in dieſem Falle der Minderjährige reſtituirt werden könne? Hierauf erwiedert Ulpian

Fr. 23. D. h. t.

„Cum mandatu patris filiusfamiliâs res administraret, non habet beneficium restitutionis: nam, et si alius ei mandasset, non succurreretur: cum eo modo majori potius consuleretur, cujus damno res sit cessura. Sed si eventu damnum

minor paſſurus sit: quia, quod praestiterit servare ab eo, cujus negotia gessit, non potest, quia is non erit solvendo, sine dubio Praetor interveniet. Si autem ipse dominus minor sit, procurator vero majoris aetatis, non potest facile dominus audiri, nisi si mandatu ejus gestum erit, nec à procuratore servari res possit. Ergo et si procuratorio nomine minor circumscriptus sit: imputari debet hoc domino, qui tali commisit sua negotia. Idque et Marcello placet.“ — Ulpian ſtellt ſomit folgende Sätze auf:

a) der Minderjährige, welcher als Sachwalter eines Volljährigen handelt, trägt die ihm zuſtehende Reſtitution nicht auf den Volljährigen über, denn dann käme ja die Reſtitution nur dem Volljährigen, nicht dem Minderjährigen zu gut. Hat der Volljährige durch die Handlungen des Minderjährigen Schaden erlitten, ſo hat er es lediglich ſich ſelbſt zuzuſchreiben, daß er einen Minderjährigen zum Sachwalter erwählt hat. Hat aber

b) der Minderjährige durch die Vollziehung ſelbſt einen Nachtheil inſofern erlitten, als er von dem Gewaltgeber für ſeine Auslagen nicht entſchädigt werden kann, ſo kann er gegen das Rechtsgeſchäft, welches er in Auftrag des Volljährigen abgeſchloſſen hat, reſtituirt werden. Setzen wir nehmlich den Fall: der Minderjährige A. iſt von dem Volljährigen B. beauftragt worden, ihm von Jemand ein Grundſtück zu kaufen. A. kauft es, und bezahlt einen bedeutenden Theil des Kaufſchillings, dieſen aber kann er von B. nimmer erhalten, weil ſolcher gar kein Vermögen beſitzt, und das Gut ſelbſt mit Hypotheken überladen iſt, ihm alſo auch der Verkauf des Guts im Wege der Hülfsvollſtreckung nichts nützen würde, weil der Kaufſchilling von den hypothekariſchen Gläubigern in Empfang genommen würde, in dieſem Falle kann ſich nun A. gegen den Ankauf des Grundſtücks reſtituiren laſſen.

c) Der Minderjährige, welcher einen volljährigen Sachwalter beſtellt hatte, kann gegen die von dieſem abgeſchloſſene Rechtsgeſchäfte nur dann reſtituirt werden, wenn

α) der Sachwalter auf beſtimmten Auftrag des Minderjährigen gehandelt, und

β) der Minderjährige ſich nicht an ſeinem Sachwalter erholen kann. Wenn ich hier das „mandatu ejus“ durch

beſtimmten Auftrag überſetze, ſo ſpricht hier die Natur der Sache für mich, denn wenn in unſerer Stelle dem Minderjährigen, welcher einen volljährigen Sachwalter beſtellte, die Reſtitution in der Regel abgeſprochen, dagegen ihm ausnahmsweiſe dann ertheilt wird, wenn der volljährige Sachwalter mandatu ejus gehandelt hat, ſo kann offenbar hier an nichts anders als an einen beſondern Auftrag gedacht werden. Denn mandatu handelt ja der Sachwalter immer, nur ein ganz beſonderes mandatum hat er nicht immer. Doch Regel und Ausnahme werden ſich wohl am beſten durch ein Beyſpiel erläutern laſſen: Geſetzt der Minderjährige A. übergibt dem Volljährigen B. eine Summe, um ihm hiefür Staatspapiere zu erkaufen. B. kauft ihm auch, ohne weiter nachzufragen, ſolche. Hier kann A. ſich nicht reſtituiren laſſen. Geſetzt aber, A. hätte ihm ausdrücklich eine gewiſſe Art von Staatspapieren bezeichnet, welche er für ihn erkaufen ſollte, hier könnte, weil er auf beſtimmten ganz beſondern Auftrag des A. gehandelt hatte, die Reſtitution Platz greifen, die Regel bezieht ſich daher auf das mandatum generale, die Ausnahme auf das speciale. Der zweyte Theil der Ausnahme wird wohl keiner beſondern Erläuterung bedürfen, denn hätte A. dem B. Staatspapiere zum Verkauf übergeben, dieſer ſie verkauft, den Werth erhalten, aber wieder ausgegeben, und könnte er den A. nicht entſchädigen, dann würde Letzterer ſich gegen den Verkauf der Papiere reſtituiren laſſen können. Daß aber, wenn der Minderjährige einem Minderjährigen den Auftrag ertheilt hat, er gegen die von ſeinem Sachwalter abgeſchloſſenen Rechtsgeſchäfte ſich jedenfalls reſtituiren laſſen könne, iſt wohl unzweifelhaft, und deßwegen auch von Paulus nicht berührt worden. Wenn aber Paulus ſagt, daß der Minderjährige gegen ein Rechtsgeſchäft, welches ein im Allgemeinen von ihm aufgeſtellter Sachwalter vorgenommen, in der Regel nicht reſtituirt werden könne, ſo ſetzt er offenbar voraus, daß der Auftrag auf eine gültige Weiſe ertheilt worden ſey; denn hätte der Unmündige ohne Auctorität ſeines Tutors, der Minderjährige ohne Einwilligung ſeines ihm beſtellten Curators einen ſolchen Auftrag ertheilt, ſo wäre ja dieſer gar nicht gültig, der Sachwalter alſo auch nicht als

Sachwalter des Minderjährigen anzuſehen, und da ſomit Alles nichtig iſt, bedarf es ja auch die Reſtitution gar nicht (vgl. oben S. 147). Wie aber: wenn der Minderjährige ohne allen Auftrag und als negotiorum gestor eines Volljährigen gehandelt hat? Hierauf erwiedert Paulus

Fr. 24. pr. D. h. t.

„Quod si minor sua sponte negotiis majoris intervenerit, restituendus erit, ne majori damnum accidat: quod si hoc facere recusaverit: tunc, si conventus fuerit negotiorum gestorum, adversus hanc actionem non restituitur: sed compellendus, est sic ei cedere auxilium in integrum restitutionis, ut procuratorem eum in rem suam faciat: ut possit per hunc modum damnum sibi propter minorem contingens resarcire." — Der Minderjährige kann ſich ſomit gegen alle von ihm als negotiorum gestor eines Volljährigen vorgenommenen Rechtsgeſchäfte reſtituiren laſſen. Will er dieß nicht, und wird er von dem Volljährigen mittelſt der actio negotiorum gestorum directa belangt, ſo kann er zwar gegen dieſe Klage nicht reſtituirt werden, den Folgen dieſer Klage aber kann er dadurch entgehen, daß er die ihm zuſtehende Reſtitution auf den Kläger überträgt. Wie aber könnte man etwa fragen: welcher Widerſpruch! die Reſtitution wird immer nur als ein ganz perſönliches Rechtsmittel (jus personalissimum) bezeichnet, und hier kommt nun ein Fall vor, wo daſſelbe ſogar auf einen Andern übertragen, ihm abgetreten (cedirt) werden kann? Ich erwiedere hierauf: daß dieſe Ceſſion mit der ganz perſönlichen Eigenſchaft der Reſtitution wohl vereinbar iſt, denn ſie iſt hier auch gar nicht an ſich, ſondern lediglich zu Abſchneidung von Weitläuftigkeiten und Proceſſen geſtattet, und eigentlich iſt es ja nur der Minderjährige wieder, welcher reſtituirt wird. Denken wir nehmlich, daß die Reſtitutions-Befugniß im vorliegenden Falle nicht an den Kläger abgetreten werden könne, ſo würde der Minderjährige ja in dem judicium negotiorum gestorum, welchem er nicht entgehen kann, verurtheilt werden. Somit entſtünde zwiſchen Demjenigen, deſſen negotia der Minderjährige gerirt, und dem Minderjährigen, ſodann wenn der Minderjährige in dieſem Verfahren verurtheilt worden wäre, zwiſchen ihm und Demjenigen, mit

welchem er als n. g. des Volljährigen Rechtsgeſchäfte abgeſchloſſen hat, ein weiteres, nehmlich ein Reſtitutions-Verfahren. Das erſte aber wird durch die Ceſſion abgeſchnitten. — Sehr einleuchtend aber iſt es nun, und wohl deßwegen hat auch Paulus die Frage nicht berührt, daß wenn ein Minderjähriger die Geſchäfte eines Minderjährigen ohne deſſen Auftrag beſorgt hat, dieſem ſelbſt die Reſtitution gegen die von dem minderjährigen negotiorum gestor vorgenommenen Rechtsgeſchäfte zuſteht. Der minderjährige Reſtituirte konnte nun aber nach ſeiner Willkür ſich wieder gegen die Reſtitution reſtituiren laſſen, und Derjenige, gegen welchen er reſtituirt war, konnte die einmal erfolgte Reſtitution nicht für ſich geltend machen, nach Julian

Fr. 41. D. h. t.

„Si judex circumvento in venditione adolescenti jussit fundum restitui, eumque pretium emptori reddere, et hic nolit uti hac in integrum restitutione, poenitentia acta: exceptionem utilem, adversus petentem pretium, quasi ex causa judicati, adolescens habere poterit: quia unicuique licet contemnere haec, quae pro se introducta sunt. Nec quaeri poterit venditor si restitutus fuerit in eam causam, in qua se ipse constituit, et quam mutare non potuisset, si minor auxilium Praetoris non implorasset“ — welche Stelle die Baſiliken

L. X. tit. 4. Fr. 41. (Ed. *Fabr.* Tom. I. p. 632. Ed. *Heimb.* Tom. I. p. 513.)

alſo geben:

„Μεταμελόμενος ὁ αἰτήσας ἀποκαταστάσιν οὐκ ἀναγκάζεται παρὰ τοῦ ἀντιδίκου αὐτοῦ, τοῖς ψηφισθεῖσιν ἐμμένειν· ἔξεστι γὰρ ἑκάστῳ, τῶν εἰςενηνεγμένων ὑπὲρ ἑαυτοῦ καταφρονεῖν.“

„Minor, qui poenitentia actus restitutione petita uti non vult, ab adversario suo non cogitur stare rebus judicatis: cuique enim licet contemnere haec, quae pro se introducta sunt.“

— daher konnte auch der Minderjährige in einem und ebendemſelben Falle mehrmals reſtituirt werden, nach Ulpian

Fr. 7. §. 9. D. h. t.

„Restitutus autem, cum se haereditati misceat, vel eam adeat, quam repudiavit, rursus restitui poterit, ut se abstineat. Et hoc et rescriptum et responsum est.“ — Eine Ausnahme von dieſem allgemeinen Satze enthält jedoch Juſtinians

Const. 8. §. 6. C. de bonis, quae lib. (6, 61.)

„Ubi autem puerilis aetas patri licentiam praestat, etiam sine consensu filii haereditatem nomine ejus adire: si hoc fecerit pater, damus quidem filio in integrum restitutionem, postquam patria fuerit potestate liberatus, vel adoleverit: patrem autem omnibus oneribus haereditariis, licet nomine filii adiit, modis omnibus illigamus. Quare enim talem haereditatem adiit, qualem nec ipse, nec nunc filius idoneam sibi esse existimat? Non autem filio damus licentiam, si in integrum restitutionem petat, respuendam credens esse haereditatem, adhuc minoribus curriculis instantibus, iterum per aliam restitutionem adire praefatam haereditatem: ne ludibrio leges ei fiant, saepius eandem et amplecti et respuere haereditatem cupienti. Si enim quod pater fecit filius ratum non habuit, et propter hoc restitutus est: quomodo ferendus videatur iterum judicium amplectens, quod post patris voluntatem contraria affectione aspernandum esse existimavit? Sin vero pater quidem haereditatem repudiaverit infante filio constituto, ipse autem filius postea vel adhuc in sacris constitutus, vel patria potestate liberatus, adeundam esse crediderit eandem haereditatem: licentiam damus ei, vel si sui juris efficiatur, tutoribus ejus vel curatoribus haereditatem adire, nullo praejudicio ex recusatione paterna ei generando: simili modo et in hac parte nulla ei vel tutoribus, vel curatoribus ejus licentia concedenda contra priorem suam voluntatem in integrum restitutionem petere, quae et in legatis et in fideicommissis tam specialibus quam per universitatem relictis, et in aliis causis quas supra enumeravimus, similibusque eis, observanda sunt.“ — Hiezu bemerkt nun der Scholiaſt Thaleläus in den Baſilicen

Ed. *Fabr.* Tom. VI. p. 134.

„Ἐν τῷ de in integrum καθολικῶς εἶπεν, ὅτι τῷ μὴ καταδεξαμένῳ κληρονομίαν, ἀποκατάστασις δίδοται, ἵνα καταδέξηται. ἐνταῦθα δὲ ἠρνήσατο περὶ τῆς αὐτῆς κληρονομίας δεύτερον δίδοσθαι ἀποκατάστασιν, εἰ καὶ

„In tit. de restitutione in integrum dixit generaliter, ei qui non admisit hereditatem, dari restitutionem in integrum, ut admittat. Hic autem negat de eadem hereditate iterum restitutionis

αὐτὸς οὖν ἔφηβος πάσχῃ ἐπιζήμιον.“	auxilium dari, etiamsi ipse pubes factus, damnum patiatur.“

— allein ich kann dieſe Bemerkung nicht ganz richtig finden, denn durch dieſe Conſtitution iſt für mich die allgemeine Regel noch nicht ganz, ſondern bloß für den einzelnen Fall aufgehoben, wenn der Vater für ſeinen minderjährigen Hausſohn eine Erbſchaft angetreten, ein Vermächtniß oder Fideicommiß erworben, oder ſolche ausgeſchlagen hat, und hiegegen Letzterer reſtituirt worden iſt. Denn gegen dieſe Reſtitution kann der Minderjährige nachher nimmer reſtituirt werden. Auch den Erben der Minderjährigen ſteht die Reſtitution zu, nach Ulpian

Fr. 6. D. de in integr. restit. (4, 1.)

„Non solum minoris, verum eorum quoque qui reipublicae causa afuerunt: item omnium, qui ipsi potuerunt restitui in integrum, successores in integrum restitui possunt. Et ita saepissime est constitutum. Sive igitur haeres sit: sive is, cui haereditas restituta est: sive filiifamiliâs militis successor, in integrum restitui poterit.“

Fr. 18. §. 5. D. h. t.

„Non solum autem minoribus, verum successoribus quoque minorum datur in integrum restitutio, et si sint ipsi majores.“ — Bedenklich könnte es allerdings erſcheinen, wenn Ulpian ſich hier des Ausdrucks „successoribus“ bedient, und man könnte in Verſuchung gerathen, anzunehmen, daß hierunter nicht nur die successores universales, ſondern auch die singulares zu verſtehen ſeyen. Allein dieß war wohl die Abſicht Ulpians nicht, wie man aus dem obigen Fr. 6. erſieht. Auch die Baſilicen

L. X. tit. 1. Fr. 6. (Ed. *Fabr.* Tom. I. p. 581. Ed. *Heimb.* Tom. I. p. 490.)

bemerken zu der erſten Stelle Ulpians Folgendes: *„εἴτε κληρονόμοι εἰσιν, εἴτε καθ᾽ ὁμάδα ληγατάριοι“* — „sive heredes sint, sive legatarii universales“, ſo wörtlich, was aber Fabrott ganz richtig überſetzt, „sive hi, quibus fideicommissaria hereditas restituta est.“ Daß aber der Minderjährige, welcher allgemeiner Rechtsnachfolger eines Volljährigen iſt, ſich nicht der Reſtitution gegen die Handlungen ſeines volljährigen Erblaſſers bedienen könne, liegt wohl in der Natur der Sache, indem nur die Rechte des

Erblaſſers auf ihn übergiengen, hierunter aber das Recht, ſich reſtituiren zu laſſen, nicht begriffen war. Einen merkwürdigen Fall erzählt uns Paulus

Fr. 38. pr. D. h. t.

„Aemilius Larianus ab Obinio fundum Rutilianum lege commissoria emerat, data parte pecuniae: ita ut, si intra duos menses ab emptione reliqui pretii partem dimidiam non solvisset, inemptus esset: item si intra alios duos menses reliquum pretium non numerasset, similiter esset inemptus. Intra priores duos menses Lariano defuncto Rutiliana pupillaris aetatis successerat: cujus tutores in solutione cessaverunt. Venditor, denunciationibus tutoribus saepe datis, post annum eandem possessionem Claudio Telemacho vendiderat. Pupilla in integrum restitui desiderabat, victa tam apud Praetorem, quam apud Praefectum urbi provocaverat. Putabam bene judicatum, quod pater ejus, non ipsa contraxerat. Imperator autem motus est, quod dies committendi in tempus pupillae incidisset, eaque effecisset, ne pareretur legi venditionis. Dicebam, posse magis ea ratione restitui eam, quod venditor denunciando post diem, quo placuerat esse commissum, et pretium petendo recessisse à lege sua videretur. Non me moveri, quod dies postea transisset: non magis, quam si creditor pignus distraxisset, post mortem debitoris die solutionis finita. Quia tamen lex commissoria displicebat ei, pronunciavit in integrum restituendam. Movit etiam illud Imperatorem, quod priores tutores, qui non restitui desiderassent, suspecti pronunciati erant“ — auch iſt die Faſſung deſſelben in den Baſiliken

L. X. tit. 4. Fr. 38. pr. (Ed. *Fabr.* Tom. I. p. 630. u. 631. Ed. *Heimb.* Tom. I. p. 512 u. 513.)

ſehr merkwürdig:

„’Αγοράσας ὑπὸ ἐμπρόθεσμον ὅρον ἐνδαψιλευομένου τοῦ χρόνου ἐτελεύτησα ἐπὶ ἀνήβῳ κληρονόμῳ· καὶ μὴ καταβάλλοντος αὐτοῦ τὸ λοιπὸν τοῦ τιμήματος, μετὰ τὴν προθεσμίαν διαμαρτυρίαις ὁ πράτης ἐχρήσατο πρὸς τὸν ἐπίτροπον, καὶ μὴ καταβα-

„Emto fundo lege commissoria, intra diem committendi decessi, pupillo herede relicto: et cum is reliquum pretium non solveret, venditor post diem finitam tutori ejus testato denunciaverat, ut solveret, et cum

λόντος αὐτοῦ διαπέπρακεν ἑτέρῳ τὸ πρᾶγμα. καλῶς ὁ ἄνηβος ἀποκαθίσταται· διαμαρτυρόμενος γὰρ μετὰ τὴν προθεσμίαν ὁ πράτης ἀπεῖπε τῇ προθεσμίᾳ· εἰ γὰρ μὴ τοῦτο ἔπραξε, καλῶς ἂν αὐτῇ ἐκέχρητο· ὥσπερ ὁ δανειστὴς καλῶς τὸ ἐνέχυρον πιπράσκει, τῆς προθεσμίας τῆς καταβολῆς μετὰ θάνατον τοῦ χρεώστου πληρουμένης.“

neque is solveret, alii rem vendidit. Pupillus jure restituitur. Quoniam enim venditor post diem finitam denuntiavit, legi commissoriae renuntiavit: nam si hoc non fecisset, recte ea lege uteretur: sicut creditor recte pignus distrahit, die solutionis post mortem debitoris finita.“

In dieſem Falle hatte nehmlich der volljährige A. von B. ein Grundſtück unter der Bedingung erkauft, daß wenn er den Kaufſchilling nicht zu einer beſtimmten Zeit bezahlen ſollte, der Kauf rückgängig ſey. Vor Verfluß der Zeit ſtarb A. und hinterließ einen noch unmündigen Erben C., deſſen Vormünder nach Verfluß der Zahlungsfriſt von dem Verkäufer B. an die Zahlung erinnert wurden. Weil aber B. demunerachtet keine Zahlung erhielt, ſo ſah er den Kauf als rückgängig an, und verkaufte das Gut an einen dritten D. Gegen dieſen Verkauf ſuchte nun der minderjährige C. Reſtitution nach, er wurde aber vom Prätor und dem Praefectus urbi abgewieſen, und dieſe Abweiſung hatte den Beyfall des Paulus, und zwar aus dem Grunde, quod pater ejus, non pupillus, contraxerat. Anderer Meinung war aber der Imperator (wohl Alexander Sever, deſſen Zeitgenoſſe Paulus war), und dieſer reſtituirte den C. auf ergriffene Provocation, und zwar aus dem Grunde: „quod dies committendi in tempus pupilli incidisset isque effecisset, ne pareretur legi venditionis.“ Allein dieſer Grund will dem Paulus gar nicht gefallen, er glaubt vielmehr, daß wenn ja noch ein Grund zur Reſtitution vorgelegen wäre, dieſer darin zu ſuchen ſeyn möchte, daß B., weil er den Kaufſchilling nach dem Ziel gefordert, und hiedurch der Lex commissoria ſtillſchweigend entſagt habe, nach Hermogenian

Fr. 7. D. de lege comm. (18, 3.)

„Post diem commissoriae legi praestitutum, si venditor pretium petat, legi commissoriae renunciatum videtur, nec variare, et ad hanc redire potest.“ — dieſelben immer

mer habe geltend und hiedurch den Kauf rückgängig machen können, und die Anſicht des Paulus hat nun auch den vollen Beyfall der Baſiliken. Allein ich geſtehe aufrichtig, daß hier der Imperator heller als alle Andere ſah. Man muß nehmlich bey dieſem Falle im Auge haben, daß die Reſtitution nicht gegen den Verkäufer des Guts B, ſondern gegen den dritten Beſitzer, welcher es von B. erkauft hatte, gerichtet iſt, denn gegen B, wenn er das Gut noch im Beſitz gehabt hätte, wäre ja die pupilla, weil er durch Anforderung des Kaufſchillings der Lex commiſsoria, wie ich oben (S. 200) bemerkt, ſtillſchweigend entſagt hatte, communi auxilio et mero jure munita geweſen (S. 152) und es hätte daher dießfalls gar keiner Reſtitution bedurft, ſodann aber muß man Folgendes wohl von einander unterſcheiden. Dagegen, daß der volljährige Käufer A. und Erblaſſer des C. bey dem Kaufe die legem commiſsoriam eingegangen hatte, konnte der minderjährige C. als ſein Erbe nicht reſtituirt werden, denn A. ſelbſt konnte ja dagegen nicht reſtituirt werden, folglich konnte er alſo auch ein Reſtitutions-Recht auf ſeinen Erben C. nicht übertragen, und auf dieſen Fall paßt nun auch ganz der Grund des Prätor und des Praefecti urbi: „quod pater ejus, non ipse contraxerat.“ Allein aus einem ganz andern Grunde konnte hier allerdings dem C. Reſtitution ertheilt werden, und den richtigen Grund hat auch der Imperator angeführt, nehmlich den: „quod dies committendi in tempus pupilli incidisset, isque effecisset, ne pareretur legi venditionis“, denn geht man davon aus, daß C. ſelbſt oder ſeine Tutoren in der Bezahlung nachläſſig geweſen ſeyen, ſo konnte C. jedenfalls gegen dieſe Nachläſſigkeit — quae in tempus pupilli incidit — reſtituirt werden. Die Entſcheidung des Imperators verdient alſo allerdings den Vorzug, aber von dieſem Grundſatze, welcher allerdings, wie auch Paulus, der Verfechter der entgegengeſetzten Anſicht, nicht leugnet, dann Statt finden würde, wenn ein von dem Erblaſſer des Minderjährigen verpfändetes Gut deßwegen veräußert wurde, weil der Minderjährige mit der Zahlung ſäumig war, wichen die Imperatoren Diocletian und Maximian in der

Const. 2. C. si adv. vend. pign. (2, 29.)

wieder ab: „Rem, quam à patre vestro quondam creditor ejus obligatam sibi distraxit, per aetatem vestram postulantium revocari desiderium non habet rationem. Quod juris est, etiam si extraneo successistis. Nam si creditor non bona fide versatus est, ipsum magis, vel tutores, sive curatores vestros, qui hanc venundari passi sunt, convenite.“ — Denn hier verweiſen die Imperatoren den Minderjährigen lediglich an den Gläubiger, wenn er dolose gehandelt, oder an ſeine nachläſſige Tutoren oder Curatoren, die Reſtitution gegen den dritten Beſitzer aber ſprechen ſie ihm ab. Beydes ſtößt gegen die allgemeine Regel an, nach welcher die Reſtitution auch gegen den dritten Beſitzer, aber nur dann geht, wenn dieſer das Sachverhältniß wußte, oder der Minderjährige von Demjenigen, welcher ihn beſchädigt hatte, nichts erhalten kann (S. 171). So müßte man alſo auch die letztere Conſtitution lediglich als Ausnahme von der allgemeinen Regel betrachten: Dieſes prätoriſche Rechtsmittel konnte nun urſprünglich nur innerhalb eines Jahres geltend gemacht werden. Natürlich aber konnte, ſo lange die Minderjährigkeit, — der Grund der Reſtitution — fortdauerte, dieſes Jahr nicht zu laufen anfangen, ſondern es fieng erſt nach erreichter Volljährigkeit zu laufen an. Der Minderjährige, welcher einen Minderjährigen beerbte, hatte daher nach erreichter Minderjährigkeit noch ein ganzes Jahr, hatte er aber einen vormals Minderjährigen, welcher volljährig geworden war, beerbt, ſo lief ihm nur diejenige Friſt, welche dem Volljährigen an dem Jahr noch übrig war; hatte alſo z. B. der Volljährige drey Vierteljahre oder neun Monate an dem ihm nach erreichter Volljährigkeit noch zuſtehenden Jahr zu Geltendmachung ſeiner Reſtitution verſtreichen laſſen, ſo lief ihm nur noch ein Vierteljahr oder drey Monate, während ihm, wenn er einen Minderjährigen beerbt hätte, noch nach erreichter Volljährigkeit ein ganzes Jahr gelaufen wäre, nach Paulus

Sent. Rec. L. I. tit. 9. §. 4.

„Si minor minori heres exsistat, heres ex sua persona, non ex defuncti in integrum restitui potest“ — und Ulpian

Fr. 19. D. h. t.

„Interdum tamen successori plus quam annum dabimus, ut est edicto expressum: si forte aetas ipsius subveniat. Nam post annum vigesimum quintum habebit legitimum tempus: hoc enim ipso deceptus videtur, quod, cum posset restitui intra tempus statutum ex persona defuncti, hoc non fecit. Plane si defunctus ad in integrum restitutionem modicum tempus ex anno utili habuit, huic haeredi minori post annum vicesimum quintum completum non totum statutum tempus dabimus ad in integrum restitutionem, sed id duntaxat tempus, quod habuit is, cui haeres extitit.“ — Ueber dieſes Jahr, welches allen Umſtänden nach ein annus utilis war, finden wir freylich in den Digeſten nur Andeutungen, weil ſchon Conſtantin hierin eine Veränderung getroffen hatte. Seine Conſtitution iſt noch in dem Theodoſianiſchen Codex enthalten, und jedoch — verſtümmelt und interpolirt — auch in den Juſtinianeiſchen übergegangen. Mögen ſie daher beyde hier einander gegenüberſtehen.

Const. 2. C. Theod. de integri rest. (2, 16.)

„Placuit, post completum quintum et vicesimum annum, ex eo, quo vicesimi et sexti anni dies illuxerit, ad interponendam contestationem in urbe Roma usque ad anni tricesimi extremum diem spatia prorogari, et intra centesimum urbis Romae milliarium, si tamen ab his judicibus, qui Romae sunt, fuerit judicandum: per omnem vero Italiam usque ad finem anni vicesimi et noni: in ceteris omnibus provinciis usque ad completum annum vicesimum et octavum. Quo transacto tempore manifeste omnes sciant, legum sibi deinceps praesidia de-

Const. 5. C. de temp. in integ. restit. (2, 53.)

„Ea, quae de temporibus in integrum restitutionum legibus cauta sunt, custodiri convenit, et si forte quis beneficio nostro aetatis veniam fuerit consecutus, ex eo die, quo indulgentia nostra in judicio competenti fuerit intimata, eique administratio rei propriae permissa, ad persequendas in integrum restitutionum, finiendasque causas jure tempus habeat praestitutum. Ita tamen, ut nunquam minoribus viginti quinque annis constitutis, de his, quae ante impetratam veniam aetatis gesserunt, auxilium in integrum restitutionis denegetur. §. 1. Si

negari, quandoquidem, contestationis necessitate depulsa, finiendas integri restitutionum decidendasque causas certo genere clauserimus. §. 1. Eandem autem custodiri temporum convenit rationem, si forte quis beneficio nostro aetatis veniam fuerit consecutus, ex eo die, quo indulgentia nostra in judicio competenti fuerit intimata, eique administratio rei propriae reserata, ut ad persequendas in integrum restitutiones finiendasque causas juge tempus habeat praestitutum. §. 2. Si quando sane in minoris jura successerit minor, minime prohibeatur, cum quintum et vicesimum annum aetatis suae transierit, integri restitutionis beneficio uti, tempore illibato. §. 3. Quodsi majoris fuerit minor jura nactus, quantum ad eas pertinet actiones, quas ex persona majoris fuerit consecutus, tantum temporis ad exponendas integri restitutiones decidendasque causas accipere debebit, quantum defuncto, cuius heres aut bonorum possessor docebitur exstitisse, reliquum fuerat. §. 4. Cum vero major successionem fuerit adeptus minoris, siquidem civili jure ab intestato, vel ex testamento successerit, mox cum creta fuerit, vel adita hereditas, si vero honorario jure, ex quo bonorum possessio fuerit accepta, examinando integri restitutionis negotio solida, sine ulla deminutione, tempora supputentur, quae non pro locis,

quando sane in minoris jura successerit minor, minime prohibeatur, cum quintum et vicesimum suae aetatis annum transierit, in integrum restitutionis beneficio uti tempore illibato. §. 2. Quod si majoris fuerit minor jura nactus: quantum ad eas pertinet causas, quas ex persona majoris fuerit consecutus, tantum temporis ad exponendas in integrum restitutiones decidendasque causas accipere debebit, quantum defuncto, cujus haeres aut bonorum possessor docebitur extitisse, reliquum fuerat. §. 3. Cum vero major successionem fuerit adeptus minoris, siquidem civili jure ab intestato vel ex testamento successerit, mox cum fuerit adita haereditas: si vero honorario jure, ex quo bonorum possessio fuerit accepta, examinando ac terminando in integrum restitutionis negotio, solida sine ulla diminutione tempora supputentur.“

---

regionibus atque provinciis, in quibus morantur, qui heredes aut bonorum possessores sunt, observari jubemus, sed in quibus defuncti domicilia collocaverant." — Hier hatte nun offenbar Conſtantin für die Verjährung der Reſtitution verſchiedene Friſten angeordnet. Die Stellen der Conſtantiniſchen Conſtitution, welche von dieſen Friſten handeln, nehmlich der Eingang und der Schluß, inſofern er ſich auf jene Friſten bezieht, aber wurden in dem Juſtinianeiſchen Codex weggelaſſen, weil Juſtinian dieſen Theil der Verordnung Conſtantins durch ſeine

Const. 7. C. ej. tit.

abgeändert hat. „Supervacuam differentiam utilis anni in integrum restitutionis à nostra republica separantes, sancimus, et in antiqua Roma et in hac alma urbe, et in Italia, et in aliis provinciis quadriennium continuum tantummodo numerari ex die, ex quo annus utilis currebat, et id tempus totius loci esse commune. Ex differentia enim locorum aliquod induci discrimen, satis nobis absurdum visum est. Quod non solum in minorum restitutionibus (quibus utilis annus incipit currere, ex quo vicesimi sexti anni dies illuxerit) sed etiam in majorum, hoc idem adhiberi sancimus, ut et hic pro utili anno memorata continuatio temporis observetur ad interponendam contestationem finiendamque litem. §. 1. Et quemadmodum omnis minor aetas excipitur in minorum restitutionibus: ita et in majorum tempus, in quo reipublicae causa abfuerint, vel aliis legitimis causis, quae veteribus legibus enumeratae sunt, fuerint occupati, omne excipiatur. Et non absimilis sit in hac parte minorum et majorum restitutio." — In dieſer Conſtitution hatte nehmlich Juſtinian die verſchiedenen Friſten Conſtantins in eine einzige, nehmlich vierjährige verwandelt. Er gieng noch weiter, und verwandelte auch die Reſtitutionsfriſt der Volljährigen in eine vierjährige (wovon bey'm 6ten Titel die Rede ſeyn wird). Darin aber ſtimmen dieſe beyden Conſtitutionen mit den früheren Rechtsgrundſätzen überein, daß die Reſtitutionsfriſt der Minderjährigen erſt von zurückgelegtem 25ſten Jahre an laufe, daß ſie, wenn der Minderjährige einen Minderjährigen beerbe, dem erſteren ganz, daß aber, wenn er einen Volljährigen beerbe,

ihm nach erreichter Volljährigkeit nur noch ſo viel laufe, als ſeinem Erblaſſer hieran noch zugeſtanden wäre, und daß dem Volljährigen, wenn er einen Minderjährigen beerbt, dieſelbe Friſt, wie dem Minderjährigen zuſtehe, und dieſe vom Erbſchaftsantritt zu berechnen ſey. Dieſe Conſtitutionen enthalten nun aber noch ganz beſondere Beſtimmungen in Betreff derjenigen, welche veniam aetatis erhalten haben. Dieſe venia aetatis ſcheint die frühere Jurisprudenz noch nicht gekannt zu haben, und die erſte Spur hievon findet ſich in des Imperators Aurelian

Const. 1. C. de his, quae ven. aet. (2, 45.)

Auch ſcheinen hierüber keine eigentliche und feſte Rechtsgrundſätze beſtanden zu haben, vielmehr Alles lediglich nach der jedem Einzelnen ertheilten venia bemeſſen worden zu ſeyn. Erſt Conſtantin ſtellte hierüber feſte Rechtsgrundſätze auf, und ſeine Conſtitution wurde auch in den Juſtinianeiſchen Codex aufgenommen.

Const. 2. C. de his, qui ven. aetat. (2, 45.)

„Omnes adolescentes, qui honestate morum praediti, paternam frugem, vel avorum patrimonia gubernare cupiunt, et super hoc imperiali auxilio indigere coeperint, ita demum aetatis veniam impetrare audeant, cum vicesimi anni metas impleverint: ita ut post impetratam aetatis veniam iidem ipsi per se principale beneficium allegantes, non solum per scripturam annorum numerum probent, sed etiam testibus idoneis advocatis, morum suorum instituta, probitatemque animi, et testimonium vitae honestioris edoceant. §. 1. Foeminas quoque, quas morum honestas, mentisque solertia commendat, cum octavum et decimum annum ergressae fuerint, veniam aetatis impetrare sancimus. Sed eas propter pudorem ac verecundiam foeminarum, coetui publico demonstrari non cogimus: sed percepta aetatis venia, annos tantum aetatis probari posse testibus V. vel instrumentis misso procuratore, concedimus: ut ipsae etiam in omnibus negotiis tale jus habeant, quale et mares habere praescripsimus: ita tamen, ut praedia sine decreto non alienent. §. 2. Sed senatores quidem clarissimi viri in hac regia urbe commorantes apud sublimitatem tuam, caeteri vero apud

Praetorem, in provinciis autem omnes apud eorum rectores de suis moribus et honestate perdoceant. §. 3. Hi vero, qui contra memoratam dispositionem veniam aetatis à principali clementia impetraverint, sciant eam nullas vires obtinere.“ — Weggelaſſen ſind folgende Stellen der Conſtantineiſchen

Const. un. C. Theod. de his qui veniam aetatis (2, 17.)

§. 3. „Cui aetati, quoniam inter plenam perfectamque adolescentiam et robustissimam juventutem media est, firmatae aetatis appellationem imponimus, ut prima aetas pueritiae sit, sequens adolescentiae, firmata haec tertia, quarta legitima, quinta senectus habeatur. §. 4. In ipsis etiam contractibus hac appellatione consignanda, ut non nudum nomen venditoris inseratur tabulis emtionum, sed ab illo, qui firmatae aetatis et honestus vir habeatur, emisse illum significetur, et venditorem esse firmatae aetatis. §. 5. Ita tamen, ut (quia spes adempta perfidiae est), et in vendendis praediis diligentiores esse persistant, qui beneficium meruerunt principale, nec praedia sine decreto alienent.“ — Hiedurch wurden nun diejenigen Minderjährigen, welche veniam aetatis erhalten hatten, den Volljährigen in der Regel, und mit alleiniger Ausnahme bey der Veräußerung von Grundſtücken, welche ſie nicht ohne richterliches Decret vornehmen durften, gleichgeſtellt, was nachher Juſtinian in der

Const. 3. C. ej. tit.

„Eos, qui veniam aetatis à principali clementia impetraverunt vel impetraverint, non solum alienationem, sed etiam hypothecam minime posse sine decreti interpositione rerum suarum immobilium facere jubemus, in quarum alienatione vel hypotheca decretum illis necessarium est, qui necdum veniam aetatis meruerunt: ut similis sit in ea parte conditio minorum omnium, sive petita sit sive non, aetatis venia“ — auch auf Verpfändungen ausdehnte. — Nun fragt ſich aber: wann ſolchen die Verjährungsfriſt zu laufen anfange, und wann ſie bey ihnen zu Ende gehe? Auf dieſe Frage hatte ſich auch ſchon Conſtantin in der oben (S. 211 u. 212) abgedruckten Conſtitution eingelaſſen, und ihnen die gewöhnliche — von der Zeit, wo die venia aetatis dem be-

treffenden Gerichte vorgelegt war, zu berechnende Friſt ertheilt, dieſe Beſtimmung wurde aber durch eine bloße Interpolation in dem Juſtinianeiſchen Codex (vgl. oben S. 211) abgeåndert, denn die Worte: „ita tamen — denegetur" ſind, wie man aus der Vergleichung der beyden Conſtitutionem erſieht, interpolirt. Nach der Conſtantiniſchen Conſtitution konnte nehmlich dieſe Friſt bey dem für volljährig Erklårten, auch noch ehe und bevor er das 25ſte Jahr zurückgelegt hatte, zu Ende gehen, nach der Juſtinianeiſchen aber dauerte ſie jedenfalls während der ganzen Minderjährigkeits-Periode. In Hinſicht auf den Anfangspunkt ſtimmen jedoch beyde Conſtitutionen mit einander überein, natürlich aber mußte auch hier die frühere Conſtantiniſche Friſt dem nachherigen quadriennium Juſtinians weichen, und von dieſem quadriennium findet auch nur die einzige Ausnahme Statt, wenn ein noch in våterlicher Gewalt befindlicher Minderjähriger die våterliche Erbſchaft ausgeſchlagen hatte, und dieſe noch nicht vertheilt war, denn dann hatte er über das quadriennium noch eine Friſt von drey Jahren zum Behufe der Reſtitution, nach Juſtinian

Const. 6. C. de repud. vel abst. hered. (6, 31.)

„Si quis suus recusaverit paternam haereditatem, deinde maluerit eam adire: cum fuerat indistincte ei remissum, donec res paternae in eodem statu permanent, hoc facere, et post multum temporis licebat ei ad eandem haereditatem redire. Hoc corrigentes sancimus, si quidem res jam venditae sunt, ut nullus aditus ei ad haereditatem reservetur. Quod et antiquitas observabat. Sin autem res alienatae non sunt: si quidem major annis constitutus est, et tempora restitutionis nulla ei supersunt: intra trium annorum spatium tantummodo hujusmodi ei detur licentia. Sin autem vel minor est, vel in utili tempore constitutus: tunc post impletum quadriennium (quod spatium pro utili anno, qui restitutionibus dabatur praestitutum [est) aliud triennium ei indulgeri, intra quod potest rebus in suo statu manentibus adire haereditatem, et suam abdicationem revocare. Quo tempore transacto, nullus aditus penitus ad paternam haereditatem ei reservetur: nisi forte adhuc eo in

minore aetate constituto, res venditae sint. Tunc etenim per in integrum restitutionem non denegatur ei adire haereditatem, et res recuperare, et creditoribus paternis satisfacere.“ — Ob aber der Minderjährige, welcher nach erlangter Volljährigkeit oder ertheilter venia aetatis, welche hier wohl der wirklichen Volljährigkeit gleich zu ſtellen iſt, dasjenige Rechtsgeſchäft, gegen welches er hätte reſtituirt werden können, genehmigt hat, auch jetzt noch und nach erfolgter Genehmigung ſich der Reſtitution gegen ſolches bedienen könne? ſcheint urſprünglich in der Doctrin beſtritten geweſen zu ſeyn, und der bejahenden Meinung war wirklich Ulpian

Fr. 3. §. 2. D. h. t.

„Scio etiam illud aliquando incidisse: Minor viginti quinque annis miscuerat se paternae haereditati: majorque factus exegerat aliquid à debitoribus paternis: mox desiderabat restitui in integrum, quo magis abstineret paterna haereditate. Contradicebatur ei, quasi major factus comprobasset, quod minori sibi placuit, putavimus tamen restituendum in integrum, initio inspecto. Idem puto, et si alienam adiit haereditatem“ — allein die verneinende Anſicht hatten die Imperatoren Diocletian und Maximian

Const. 1. C. si major fact. (2, 46.)

„Si inter minores viginti quinque annis vel scriptura interposita, vel sine scriptura, facta sine dolo divisio est, eamque post legitimam aetatem ratam fecerint: manere integram debere convenit.“

Const 2. C. ej. tit.

„Qui post XXV annum aetatis ea, quae in minore aetate gesta sunt, rata habuerint: frustra rescissionem eorum postulant“ — und dieſe letztere iſt jetzt poſitives Recht. Was nun ferner die Ausnahme der Praxis, daß nehmlich ein Minderjähriger, welcher ein öffentliches Amt bekleidet oder ein öffentliches Gewerbe treibt, in Beziehung auf die innerhalb der Gränzen jener vorgenommenen Handlungen nicht reſtituirt werden könne, betrifft, wovon der Verfaſſer §. 458. S. 546—549 handelt, ſo wird ſich dieſe ſchon an ſich als ſehr vernunft- und ſachgemäß empfehlen.

Hier endigt der V. Band vom Glück.

§. 465. S. 23—25.

Was unſer Verfaſſer unter 1) bemerkt, ſo kann ich mich mit ihm nur darüber vereinigen, daß die Reſtitution nicht den Frauenzimmern, als ſolchen, auch nicht den Wittwen zuſtehe, und hiemit ſtimmt auch Burchardi

Die Lehre von der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand. Göttingen 1831. S. 253—257.

überein. Das Gleiche aber iſt auch bey allen Denjenigen der Fall, welchen der Verfaſſer die Reſtitution hier zuſpricht, und alle von ihm angeführten Stellen beweiſen durchaus nichts, wie auch ſchon von Burchardi

a. o. a. O. S. 260.

bemerkt wurde.

Zu 2) und 4) Wenn hier unter 2) und 4) der Staat als ſolcher und dann noch der Fiscus angeführt wird, ſo hat hier der Verfaſſer ein und eben daſſelbe Subject unter zwey verſchiedene Benennungen gebracht, denn der Staat wird, wie auch Burchardi

a. o. a. O. S. 262.

bemerkt, als Rechtsſubject Fiscus genannt. Aus den von dem Verfaſſer angeführten Stellen kann übrigens dieſer Satz theoretiſch nicht begründet werden. Calliſtratus

Fr. 3. §. 9. D. de jure fisci (49, 14.)

„Divus Hadrianus Flavio Proculo reſcripsit, cum in libertatem proclamat, qui ex bonis ad fiscum pertinentibus esse dicitur, judicium dari praesentibus, et agentibus etiam his, qui negotiis fisci solent intervenire: et hujusmodi liberales causae, si non interveniente fisci advocato decisae sint, in integrum restituuntur“ — ſpricht nur von dem einzigen Falle, wenn der advocatus fisci der Verhandlung einer causa liberalis nicht anwohnte. Die für dieſen Fall von dem Imperator Hadrian eingeführte Reſtitution aber verwandelte nachher der Imperator Marc Aurel Antonin (Divus Marcus) in eine Nichtigkeitsklage, nach Ulpian

Fr. 7. D. de jure fisci (49, 14.)

„Si fiscus alicui status controversiam faciat, fisci advocatus adesse debet: quare si sine fisci advocato pronuntiatum sit, Divus Marcus rescripsit, nihil esse actum: et ideo ex integro cognosci oportere.“ — Theoretiſch läßt ſich daher auch der Satz: daß dem Staate oder Fiscus

die Rechte Minderjähriger zuſtehen, nicht vertheidigen. Darin bin ich auch mit Burchardi

a. o. a. O. S. 263.

vollkommen einverſtanden, aber ein entſchiedener Gerichtsbrauch ſcheint mir denn doch dießfalls vorzuliegen. Dagegen iſt nicht zu bezweifeln, daß nach Römiſchem Recht die Gemeinden, nehmlich die respublicae oder civitates, die Reſtitution Minderjähriger anzuſprechen hatten. Schon der Imperator Septimius Severus (denn der noster Severus Augustus, welchen Papinian in dem

Fr. 78. D. de leg. (31.)

alſo nennt, kann kein anderer als der genannte ſeyn), und der Imperator Gordian

Const. 1. C. de officio ejus (1, 50.)

„In causa, quae spectat ad utilitatem reipublicae, eum, qui vice Praesidis provinciam administrat, potuisse cognoscere, in dubium non venit. Sane si in aliquo captum est jus reipublicae: juxta scita Divorum principum defenſores reipublicae, si modo adesse fiduciam negotio putant, restitutionis auxilium possunt flagitare.“ — ſprechen von scitis divorum principum, der Imperator Alexander ſpricht

Const. 3. C. de jure reip. (11, 29.)

„Rempublicam ut pupillam extra ordinem juvari moris est“ — von einer mos, dieſe mos gründete ſich aber auf die scita principum, und die Imperatoren Diocletian und Maximian

Const. 4. C. quibus ex causis maj. (2, 54.)

„Respublica minorum jure uti solet: ideoque auxilium restitutionis implorare potest“ — ſehen dieß als eine ganz ausgemachte Sache an. Unter der respublica oder civitas aber ſind nur Städte zu verſtehen, denn eigentliche Dörfer kannte die Römiſche Verfaſſung nicht, ſondern dieſe waren nach Ulpian

Fr. 30. D. ad municip. (50, 1.)

„Qui ex vico ortus est, eam patriam intelligitur habere, cui reipublicae vicus ille respondet“ — den Städten zugetheilt. Dagegen aber kann es wohl keinem Zweifel unterliegen, daß nachdem jetzt die Municipal-Verfaſſung auf Dörfer ausgedehnt iſt, und dieſe eigene Gemeinden bilden, auch ihnen als ſolchen die Reſtitution der Minder-

jährigen, wie früher den Städten zukommt, was auch Burchardi

a. a. O. S. 261. u. 262.

ganz richtig aufgenommen hat. Dagegen ſtimme ich mit ihm auch

S. 295.

darin überein, daß dieſe Reſtitution nicht allen universitatibus ordinatis, oder wie ſie der Verfaſſer nennt, erlaubten Collegien zukomme, namentlich aber ſind die Handwerkszünfte gewiß nicht zu den Reſtitutionsfähigen zu zählen.

Zu 3) habe ich zu bemerken, daß das Canoniſche Recht

tot. tit. X. de integr. restit. (1, 41.)
— — in 6to de rest. in integr. (1, 21.)

zunächſt nur von Kirchen ſpricht, das

cap. 11. X. de rebus eccles. alien. vel non (3, 13.)

ſetzt die Klöſter den Kirchen gleich, und ein entſchiedener Gerichtsbrauch hat nun auch die milden Stiftungen überhaupt nach Analogie die Klöſter den Kirchen gleichgeſtellt. —

Zu a) habe ich zu bemerken, daß die entſcheidende Stelle für dieſen Satz ſich im

cap. 3. X. de in integr. rest. (1, 41.)

befindet, und alſo lautet: „Licet autem utrinque sit in causa conclusum, quia tamen utraque pars necessariam (ut asserit) probationem omisit: nos attendentes, quod utraque Ecclesia fungatur jure minoris, aequitate pensata, utramque restituimus contra reliquam, ad probandam rationem omissam, ne alterutra pars propter hujusmodi negligentiam gravi jactura laedatur.“ — Dieſe Beſtimmung wird aber wohl nur auf die Kirchen und milden Stiftungen, welche ihre Reſtitutions-Befugniß aus dem Canoniſchen Rechte ableiten, zu beſchränken ſeyn, und bey den übrigen moraliſchen Perſonen wird es dießfalls bey den Beſtimmungen des Römiſchen Rechts (oben S. 177) ſein Bewenden haben.

Zu b) der von unſerm Vorfahrer aufgeſtellte Satz iſt neuerlich von

Vermehren, iſt das den Kirchen und milden Stiftungen zur Nachſuchung der in integrum restitutio nachgelaſſene quadriennium ratione initii utile oder nicht? (im Archiv für die civiliſtiſche Praxis) X. Bd. Heidelb. 1827. S. 392 bis 403.

in Beziehung auf Kirchen und milde Stiftungen angegriffen worden, und ich läugne nicht, daß ihm die

Clement. un. de in integr. rest. (1, 11.)

„Ab Ecclesia adversus lapsum temporis, in quo se laesam affirmat, in integrum restitutio peti potest: et causa restitutionis hujusmodi finiri debet intra quadriennium continuum à tempore laesionis, etiamsi minus quadriennio tempus laesionis existat. Sed non fiet restitutio, nisi ad tantum tempus, quantum se laesam fore probabit“ — zur Seite zu ſtehen ſcheint, allein man vergleiche hiemit das

cap. 1. de restit. in integr. in 6to (1, 21.)

„Ecclesia, quae ad retractandam sententiam, vel contractum, per beneficium restitutionis in integrum postulat se admitti, si quadriennii spatium post sit lapsum, et negligenter omiserit, non est ad beneficium hujusmodi admittenda: nisi praevaricationis, vel fraudis manifeste probetur super hoc intervenisse commentum: aut alia rationabilis causa subsit, quae superiorem movere debeat ad idem beneficium concedendum“ und

cap. 2. ej. tit.

„Si adversus confessionem in judicio à se factam, laesa Ecclesia beneficium restitutionis in integrum, intra quadriennium ab ipsius confessionis tempore computandum, petere negligenter omittat: non est (nisi aliquid rationabile appareat, quod aliud suaserit faciendum) ad hoc petendum ulterius admittenda. Ubi vero per viam communem revocationis erroris, quem in facto praetendit, vult adversus suam confessionem Ecclesia se juvare: hoc quandocunque poterit, donec negotium sit finitum“ — denn rationabilis causa iſt es doch gewiß auch, wenn Kirchen und milde Stiftungen die Verletzung gar nicht kennen, und daß das Canoniſche Recht, welches hier nur aus Irrthum vom Römiſchen abgewichen, hier gar keine Beachtung verdiene, wie Burchardi

a. o. a. O. S. 524.

behauptet, möchte ich nicht zugeben, wie denn auch

Unterholzner ausführliche Entwickelung der geſammten Verjährungslehre, II. Band. Leipzig 1828. S. 12.

bey dem canoniſchen Rechte ſtehen bleibt. Eine andere Frage aber iſt: ob das quadriennium bey denjenigen me-

raliſchen Perſonen, welche ihre Reſtitutions-Befugniß aus dem Römiſchen Rechte ableiten, auch erſt à tempore scientiae oder à tempore laesionis an laufe? Hierüber iſt allerdings ſchon viel geſtritten worden, und wird wohl noch viel darüber geſtritten werden. Mir aber ſcheint ein entſchiedener Gerichtsbrauch dafür vorzuliegen, daß das quadriennium erſt à tempore scientiae an laufe.

Tit. 5.

De capite minutis.

§§. 466. S. 26 u. 27.

Ueber die drey verſchiedenen Arten der capitis deminutio bitte ich das im I. Bande S. 167—176 bereits Angeführte zu vergleichen. Hier entſteht nun die Frage: Wegen welcher Art von capitis deminutio konnte dann eigentlich Reſtitution ertheilt werden? und hierauf erwiedern Ulpian und Paulus

Fr. 2. pr. D. h. t.

„Pertinet hoc edictum ad eas capitis diminutiones, quae salva civitate contingunt. Caeterum sive amissione civitatis, sive libertatis amissione contingat capitis diminutio, cessabit edictum: neque possunt hi penitus conveniri. Dabitur plane actio in eos ad quos bona pervenerunt eorum.“

Fr. 7. §§. 2. u. 3. D. h. t.

§. 2. „Si libertate adempta, capitis diminutio subsecuta sit: nulli restitutioni adversus servum locus est: quia nec praetoria jurisdictione ita servus obligatur, ut cum eo actio sit: sed utilis actio adversus dominum danda est, ut Julianus scribit: et nisi in solidum defendatur, permittendum mihi est in bona, quae habuit, mitti.“ §. 3. „Item cum civitas amissa est, nulla restitutionis aequitas est adversus eum, qui amissis bonis et civitate relicta nudus exulat“ — daß bey der capitis deminutio maxima, welche den Verluſt der Libertät und Civität — und bey der media oder minor, welche bloß die der Civität herbey-

führte, eine ſolche nicht Statt gefunden habe, und zwar aus dem ſehr einfachen Grunde, weil gegen Denjenigen, welcher die Libertät mit der Civität verloren hatte, und Sklave wurde, ebendeßwegen aber Rechtsſubject zu ſeyn aufhörte, ohnehin keine Klage mehr denkbar war, die Reſtitution gegen einen, der bloß die Civität und ſein Vermögen verloren hatte, aber nichts als die Wiederherſtellung einer actio inanis geweſen wäre. Es konnte daher auch im erſteren Falle nur Klage gegen den Eigenthümer des Sklaven, welchem ſein Vermögen als peculium zugefallen war, und im letztern nur gegen den Fiscus, welchem die bona publicata zufielen, Statt finden, nach Javolen

Fr. 11. D. de jure fisci (49, 14.)

„Non possunt ulla bona ad fiscum pertinere, nisi quae creditoribus superfutura sunt: id enim bonorum cujusque esse intelligitur, quod aeri alieno superest.“ — Somit ließe ſich nur eine Reſtitution in dem Bereiche der capitis deminutio minima denken, und hiemit ſtimmt auch Gajus überein

Comment. L. IV. §. 38.

„Praeterea aliquando fingimus adversarium nostrum capite deminutum non esse: nam si ex contractu nobis obligatus obligatave sit, et capite deminutus deminutave fuerit, velut mulier per coemptionem, masculus per adrogationem, desinit jure civile debere nobis, nec directo intendere (Lücke, welche Göſchen in der 2ten Ausgabe des Gajus

Berol. 1824. p. 319.

mit „licet“ — Heffter

Gaji J. Ct. Instit. Comment. IV. Berol. 1827. p. XX.

mit „jure licet“ und

Huſchke, Studien des römiſchen Rechts. I. Band. Breslau 1830. S. 315.

mit „possumus“ ausfüllt. Für Huſchke ſcheinen die Siglen zu ſprechen) — „dare eum eamve oportere: set ne in potestate ejus sit jus nostrum corrumpere, introducta est contra eum eamve actio utilis, rescissa capitis deminutione, id est, in qua fingitur capite deminutus deminutave non esse“ — und hieher gehören auch die

§§. 80. und 81.

§. 80. Haec ita de his personis, quae in potestate (*sunt*), sive ex contractu sive ex maleficio earum *controversia* esset, quod vero ad eas personas, quae in manu mancipiove sunt, * * * * * * * * * * * * ex contractu earum ageretur, nisi ab eo, cujus juri subjectae sint, in solidum defendantur, bona, quae earum ſutura forent, si *ejus* juri subjectae non essent, veneunt." „Sed cum * * * * * * * * * * * * * * imperio continenti judicio — enim — — — — — — — — — — — ****************

§. 81. *quamquam* diximus * * * * permissum fuisse, ei mortuos homines dedere, tamen et si quis eum dederit, qui ſato suo vita excesserit, aeque liberatur." — Daß nun dieſe §§. ſehr lückenhaft ſind, ergibt ſich ſchon aus dem bloßen Anblick derſelben, und die bisherigen Verſuche haben noch zu keinem befriedigenden Ergebniſſe geführt. Einen Verſuch, dieſe Stelle zu erklären, muß ich mir nun aber doch erlauben. Gajus berichtet uns

Fr. 8. D. h. t.

„Eas obligationes, quae naturalem praestationem habere intelliguntur, palam est, capitis diminutione non perire: quia civilis ratio naturalia jura corrumpere non potest. Itaque de dote actio, quia in bonum et aequum concepta est, nihilominus durat etiam post capitis deminutionem" — daß ſolche Verbindlichkeiten, welcher eine naturalis praestatio zum Grunde liege, d. h. welcher ſich der Verpflichtete ſchon nach allgemeinen Grundſätzen des Naturrechts im Gegenſatz gegen das poſitive Römiſche Recht nicht entziehen konnte, durch die capitis deminutio nicht erlöſchen, weil die capitis deminutio nur auf die poſitiv Römiſch rechtlichen Beſtimmungen einwirke. Daß dieſer Satz nun zunächſt ein Ausfluß der Doctrin war, ergibt ſich ſchon daraus, daß früher ein ſolcher Unterſchied, ſo lange die legis actiones dauerten, gar nicht denkbar war. Wer alſo z. B. einem Andern Geld geliehen hatte, und ſich die Rückgabe deſſelben nach der Darzählung des Geldes ſtipuliren ließ, (dann erfolgte die numeratio und stipulatio zu gleicher Zeit, ſo gieng die natürliche Ver-

bindlichkeit

bindlichkeit in der civilen unter, und es entſtand nur Eine, nehmlich die letztere, I. Band S. 648 und 649) hatte gegen den Darleiher eine actionem civilem und naturalem oder der Darleiher war civiliter und naturaliter verpflichtet. Civiliter durch die Stipulation, naturaliter durch das Darleihen ſelbſt, re fiebat obligatio, denn daß Derjenige, welcher dargeliehenes Geld erhalten, daſſelbe wieder zurückzugeben hatte, lag in den allgemeinen Rechtsgrundſätzen — im Naturrecht — eigentlich im jus gentium nach den Begriffen der Römer (vgl. I. Bd. S. 2). Setzen wir nun den Fall, der Entlehner hätte nachher eine capitis deminutio erlitten, ſo hätte er zwar nimmer mittelſt der aus dem jus civile entſpringenden actio ex stipulatu, wohl aber mittelſt der aus dem jus naturale hervorgehenden condictio certi ex mutuo belangt werden können. Wie aber konnte alsdann das jus naturale des Darleihers realiſirt werden? Hier könnte man nun behaupten, daß der Gläubiger des in potestatem gekommenen ſich ohne vorherige Reſtitution an das Vermögen des Letzteren habe halten können, allein darin bloß, daß, was in dem einen Falle ohne Reſtitution geſchah, im andern nur nach vorgängiger Reſtitution geſchehen konnte, lag wohl der ganze Unterſchied noch nicht. Hievon handelt nun Gajus in den obigen §§. Wir dürfen aber hiebey nicht überſehen, in welcher Verbindung dieſe §§. mit den vorhergehenden ſtehen. In den §§. 75—79. handelt Gajus von den Noxalklagen, und wir erſehen aus jenen, ſo wie aus der im I. Band S. 192 abgedruckten Stelle des Gajus, daß nicht nur Sklaven, ſondern überhaupt die in potestate befindlichen Perſonen der noxae deditio unterworfen waren, denn erſt nach Gajus Zeiten wurde die noxae deditio auf Sklaven beſchränkt, was nach dem

§. 7. I. de nox. action. (4, 8.)

ſchon damals ein beſtehender Rechtsgrundſatz war, ſo daß es dieſer Beſchränkung halber nicht einmal einer Conſtitution bedurfte, denn auch Theophilus in ſeiner Paraphraſe

ad h. l. Ed. *Reitz.* T. II. p. 857.

ſchreibt dieſe Beſchränkung der ἀναστροφὴ καὶ πολιτεία, d. h. der conversio (nicht conversatio, wie Reitz es überſetzt) und der civilis vitae ratio, alſo wohl nichts Anderem,

als den Fortſchritten der Humanität und Bildung zu. Mit dem erſten Satze von „Haec ita de — controverſia eſset“ ſchließt nun Gajus die Lehre von den Noxalklagen und geht in den Worten „quod vero“ auf einen andern, nehmlich den Fall über, wenn gegen Jemand, welcher ſich erſt nach eingegangener Verbindlichkeit der poteſtas eines Andern unterworfen hatte, eine Klage angeſtellt wurde; denn dann haftete ſein zum Peculium gewordenes früheres Vermögen für ſeine Verbindlichkeit, wenn er nicht von Demjenigen, in deſſen poteſtas er ſich begeben hatte, in Beziehung auf den ganzen Umfang der Verbindlichkeit vertreten wurde. Denn im letztern Falle hatte die Sache ihren ganz einfachen Gang, da der Vertreter als defenſor deſſelben, als welcher er Sicherheit zu beſtellen hatte, verurtheilt wurde (vgl. I. Bd. S. 388). Sein Vermögen aber haftete in Folge der durch die Reſtitution bewirkten Reſciſſion der capitis deminutio, denn der Prätor drückte ſich ja ganz beſtimmt nach der uns von Ulpian aufbewahrten Stelle des Edikts

Fr. 2. §. 1. D. h. t.

„Ait Praetor: qui quaeve, poſteaquam quid cum his actum, contractumve ſit, capite diminuti, diminuta eſse dicentur: in eos easve perinde, quaſi id factum non ſit, judicium dabo“ — ſo aus: daß er — gerade als ob keine capitis deminutio vorgegangen wäre (quaſi id non factum ſit), eine Klage ertheilen werde, worin dann gerade die fictio, wie ſie Gajus oben (S. 223) nennt, beſtand. Ich glaube nun, daß die Lücke zwiſchen den Worten „mancipiove ſunt“ und „ex contractu“ mit „reſciſſa capitis deminutione“ auszufüllen wäre, und dieſe Lesart, welche auch Heffter und Huſchke der Göſchen’ſchen, „in legitimo judicio“ vorziehen, halte ich für die richtigere. Auch kann ich Göſchen darin nicht beypflichten, daß hiebey Gajus nur die legitima judicia im Auge hatte, denn dieß folgt aus dem Gegenſatze „imperio continenti judicio“ der nächſtfolgenden Stelle, noch nicht. Legitima judicia aber waren nach Gajus

L. IV. §. 104.

„quae in urbe Roma, vel intra primum urbis Romae miliarium inter omnes cives Romanos ſub uno judice accipiuntur“, alle übrigen waren nach

§. 105.

„judicia imperio continentia“ deßwegen ſo genannt „quia tamdiu valebant, quamdiu is, qui ea praecepit, imperium habebat.“ Nun kann aber der Unterſchied zwiſchen den beyden Fällen, welche Gajus durch das Wörtchen „sed“ einander entgegenſetzt, nicht ſowohl darin beſtehen, daß im erſteren Fall vor einem judicium legitimum, im zweyten vor einem imperio continenti geklagt wurde, denn auch bey letzteren hatte die Reſtitution gegen die capitis deminutio, d. h. die Fiction, daß keine capitis deminutio vorgegangen, ganz gewiß dieſelbe Folge, wie bey den erſteren. Wir haben aber oben S. 124 ſchon geſehen, daß es in denjenigen Fällen, in welchen eine naturalis praestatio vorhanden war, gar keiner Reſtitution, d. h. keiner Reſciſſion und keiner Fiction bedurfte, weil ſolche Verbindlichkeiten nicht durch die capitis deminutio erloſchen. Wenn nun ohne die dießfalls nöthige Reſtitution wegen ſolcher Klage geführt wurden, was war dann die Folge? daß auch dann vor einem judicium legitimum, wie vor einem Andern geklagt werden konnte, kann ich nicht zweifeln, wenn ich es gleich nicht wage, die hinter den Worten „sed cum“ befindliche Lücke auf eine mit den Siglen übereinſtimmende Weiſe zu ergänzen, meiner Anſicht nach aber konnte in dieſem Falle Derjenige, welcher den capite deminutum in ſeiner potestas hatte, ihn noxae dedere, dieß liegt für mich im Wörtchen „sed“, wodurch Gajus wieder auf die noxae datio einlenkt, und namentlich geht dieß aus Gajus §. 81. S. 224 hervor, beſonders wenn man hiemit die merkwürdige Parallele in Paulus

Fr. 26. §. 4. D. de nox. act. (9, 4.)

„Si is, quem desieris dolo possidere, decesserit prius, quam hac actione convenireris, liberaris: quia haec actio in locum directae actionis succedit. Diversum dicemus, si moram feceris in judicio accipiendo“ — Julians

Fr. 39. §. 4. D. ej. tit.

„Sed et mortuo servo, antequam judicium accipiatur, omnino hac actione non tenebitur dominus“ — und Ulpians

Fr. 42. §. 1. D. ej. tit.

„Si quis pro servo mortuo, ignorans eum decessisse, noxale judicium acceperit: absolvi debet: quia desiit

verum esse, propter eum dare oportere" — vergleicht. Der Unterſchied zwiſchen den ſtreng civilrechtlichen und denjenigen Verbindlichkeiten, welche das jus civile aus dem jus gentium aufgenommen hatte, beſtand alſo früher darin, daß die erſteren durch die capitis deminutio erlöſchten, und durch die Reſtitution, beziehungsweiſe Reſciſſion der capitis deminutio wieder erwachten, und aus dem Vermögen des in potestatem Gekommenen befriedigt werden mußten, während Letztere durch die capitis deminutio nicht erlöſchten, demjenigen aber, welcher den capite deminutus in potestate hatte, in Beziehung auf ſolche die noxae datio zuſtand. Natürlich aber mußte dieſer Unterſchied aufhören, ſobald die noxae datio bloß auf die Sklaven beſchränkt war, worüber ſich, wie ich ſchon oben (S. 225 u. 226) bemerkte, nach und nach ein feſter Gerichtsbrauch bildete, und es wurde alſo auch in beyden Fällen nur die Hülfsvollſtreckung auf das Vermögen des capite deminuti erkannt. Endlich aber, und nachdem ſich die Peculien-Verhältniſſe ganz verändert hatten, worüber ich mich Kürze halber hier auf die

§§. 1. u. 2. I. de acquis. per arrogat. (3, 10.)

berufen muß, bedurfte es auch der fraglichen Reſtitution, beziehungsweiſe Fiction, gar nicht mehr. Uebrigens ſtimme ich mit dem Verfaſſer darin überein, daß dieſe Art von capitis deminutio nicht dem deminutus ſelbſt zukam, aber nicht deßwegen, weil ſeine Rechte durch die capitis deminutio durch ſeine eigene Schuld verloren gegangen ſeyen, ſondern deßwegen, weil ſeine Rechte in der Regel und mit ſehr wenigen Ausnahmen nach früherem Recht, welche aber Juſtinian nach den ſo eben angeführten Stellen aufgehoben hat, erhalten wurden. Eben ſo wenig kann ich dem Verfaſſer darin beyſtimmen, daß dieſe Art von Reſtitution deßwegen nimmer Statt finde, weil wir, was übrigens an ſich richtig iſt, eine causam servilem imaginariam nimmer kennen, ſondern der ganz einfache und natürliche Grund liegt für mich vielmehr darin, weil dieſe Reſtitution ſich auf die früheren, nachher ganz veränderten Peculien-Verhältniſſe gründete.

Tit. 6.

Ex quibus causis majores XXV annis in integrum restituuntur.

---

§§. 467—472. S. 28—53.

Vor allen Dingen kommen hier die Worte des Edicts zur Sprache, welche uns Ulpian aufbewahrt hat:

Fr. 1. §. 1. D. h. t.

„Verba autem Edicti talia sunt: Si cujus quid de bonis, cum is metu, aut sine dolo malo reipublicae causa abesset, inve vinculis, servitute, hostiumque potestate esset: sive (*posteave C. Hal.* und ſehr richtig, wie ich weiter unten zeigen werde) cujus actionis eorum cui dies exisse dicetur. Item si quis quid usu suum fecisset, aut, quod non utendo amisit, consecutus, actioneve qua solutus ob id, quod dies ejus exierit, cum absens non defenderetur, inve vinculis esset, secumve agendi potestatem non faceret, aut cum eum invitum in jus vocari non liceret, neque defenderetur: cumve magistratus de ea re appellatus esset, sive cui pro magistratu sine dolo ipsius actio exempta esse dicetur: earum rerum actionem intra annum, quo primum de ea re experiundi potestas erit, Item si qua alia mihi justa causa esse videbitur, in integrum restituam: quod ejus per Leges, Plebiscita, Senatusconsulta, Edicta, Decreta Principum, licebit." — Dieſes Edict enthält nun verſchiedene Kapitel. Das erſte Kapitel ſchließt mit den Worten: „exisse dicetur", und unſer Titel enthält in den

Fr. 2—20.

hiezu Bemerkungen. Calliſtratus macht nun vor allen Dingen in dem

Fr. 2. D. h. t.

folgende Bemerkung: „Hoc Edictum, quod ad eos pertinet, qui eo continentur, minus in usu frequentatur: hujusmodi enim personis extra ordinem jus dicitur ex Senatusconsultis et principalibus constitutionibus. §. 1. Hoc autem capite adjuvantur in primis hi, qui metus causa abfuissent: scilicet si non supervacuo

timore deterriti abfuissent.“ — Was nun das jus dicere extra ordinem betrifft, ſo iſt darunter wohl das zu verſtehen, daß man ſich ſpäter dießfalls an die Imperatoren wandte, und nur in dem Falle noch von dem Prätor Reſtitution nachſuchte, wenn die Entfernung wegen Furcht erfolgte. Unter der Furcht iſt aber nach Ulpian

Fr. 3. D. h. t.

„Metus autem causa abesse videtur, qui justo timore mortis, vel cruciatus corporis conterritus abest: et hoc ex affectu ejus intelligitur. Sed non sufficit, quolibet terrore abductum timuisse: sed hujus rei disquisitio judicis est“ — bloß Furcht vor dem Tode, oder eines bedeutenden körperlichen Leidens zu verſtehen, und in einzelnen Fällen tritt natürlich das richterliche Ermeſſen ein. Nun unterſucht Calliſtratus

Fr. 4. D. h. t.

„Item hi, qui reipublicae causa, sine dolo malo, abfuissent. Dolum malum eo pertinere accepi: ut qui reverti potest, neque reverteretur, in eo, quod per id tempus adversus eum factum est, non adjuvetur: veluti si alterius grandis commodi captandi gratia id egerit, ut reipublicae causa abesset, et revocatur ab isto privilegio.“ — (Das „et“ vor „revocatur“, welches auch der *C. Hal.* nicht hat, gehört nicht hieher, und iſt wahrſcheinlich nur eine Wiederholung von der letzten Sylbe abesset, auch findet ſich ſolches in den Baſiliken

L. X. tit. 35. Fr. 4. (Ed. *Fabr.* Tom. I. p. 699—700. Ed. *Heimb.* Tom. I. p. 544.)

nicht, welche überhaupt dieſe Stelle richtiger und ſo geben:

„Ὁ διὰ πρᾶγμα δημόσιον ἀποδημῶν, ἐὰν δυνάμενος ὑποστρέψαι ὑπέρθηται, εἴτε διὰ κέρδος, εἴτε μή, οὐ βοηθεῖται.“	„Qui reipublicae causa abest, si cum reverti posset, moram fecerit, sive commodi gratia sive non, non adjuvatur.“)

— die Frage: Was man dann eigentlich sine dolo reipublicae causa abesse heiße; oder was dann eigentlich hier unter dem dolus malus zu verſtehen ſey? und hierunter zählt er nun, wenn Jemand bloß wegen ſeines eigenen Vortheils oder Vergnügens nach beendigter Angelegenheit noch ausbleibt. Zu vergleichen iſt auch Ulpian

Fr. 36. D. h. t.

„Reipublicae causa abesse eos solos intelligimus, qui non sui commodi causa, sed coacti absunt."

Fr. 38. §. 1. D. h. t.

„Tamdiu reipublicae causa abesse quis videbitur, quamdiu officio alicui praeest: quod si finitum fuerit officium, jam desinit abesse reipublicae causa. Sed ad revertendum illi tempora computabimus statim, atque desiit reipublicae causa abesse, ea, quibus reverti in urbem potuit. Et erit moderatum, tempora ei dare, quae lex revertentibus praestitit. Quare si quo deflexerit suae rei causa, non dubitamus, id tempus ei non proficere: habitaque dinumeratione temporis, quo reverti potuit, statim eum dicemus desiisse reipublicae causa abesse. Plane si infirmitate impeditus, continuare iter non potuit, habebitur ratio humanitatis: sicuti haberi solet et hyemis, et navigationis, et caeterorum, quae casu contingunt" — und Paulus

Fr. 37. D. h. t.

„Hi, qui in provincia sua, ultra tempus à constitutionibus concessum, adsident, publica causa abesse non intelliguntur" — ſodann bemerkt noch Ulpian

Fr. 5. D. h. t.

„Et qui data opera, et sine lucro hoc affectaverit: vel qui maturius profectus est: vel litis gratia coepit reipublicae causa abesse. Sed haec adjectio doli mali ad reipublicae causa absentes refertur, non etiam ad eum, qui metus causa: quoniam nullus metus est, si dolus intercedit. §. 1. Sed qui Romae reipublicae causa operam dant, reipublicae causa non absunt" — daß Demjenigen, welcher ſich ſelbſt, ſey es auch ohne alle gewinnſüchtige Abſicht, zu Beſorgung einer öffentlichen Angelegenheit hingedrungen — Demjenigen, welcher früher als nöthig war, abgereist ſey — oder welcher eines ihm drohenden Rechtsſtreits halber die Beſorgung einer ſolchen Angelegenheit angenommen habe — dieſe Reſtitution nicht zu Statten komme. Der Schluß endlich iſt ganz verſtändlich, denn Derjenige, welcher bloß metus als Grund ſeiner Entfernung heuchelt, hat ſich offenbar des metus halber nicht entfernt. Was aber den §. 1. betrifft, ſo werde ich hierauf ſpäter zurückkommen. Nun geht Ulpian

Fr. 7. D. h. t.

„Milites plane, qui Romae militant, pro reipublicae causa absentibus habentur“, — auf das Militär über, wozu Scävola die erläuternde Bemerkung macht:

Fr. 45. D. h. t.

„Milites omnes, qui discedere signis sine periculo non possunt, reipublicae causa abesse intelliguntur“ — daß überhaupt ein ſolcher Militär, welcher ſeine Fahne nicht verlaſſen dürfe, als absens reipublicae causa angeſehen werden könne, womit auch die neueſte Juſtinianeiſche

Const. 8. C. de restit. milit. (2, 51.)

übereinſtimmt. „Sancimus, his solis, qui in expeditionibus occupati sunt, ea tantummodo tempora, quae in eadem expeditione percurrunt, tam in exceptionibus declinandis, quam in petendis in integrum restitutionibus, eis opitulari: illis temporibus, per quae citra expeditionis necessitatem in aliis locis vel in suis aedibus degunt, minime eos ad vindicanda memorata privilegia adjuvantibus.“ — Denn nach dieſer werden nur die auf Commando befindlichen Soldaten, nicht die in der Garniſon oder im Urlaub befindlichen als ſolche angeſehen. Was man aber unter dem „in vinculis esse“ zu verſtehen habe, lehrt Calliſtratus

Fr. 9. D. h. t.

„Succurritur etiam ei, qui in vinculis fuisset, quod non solum ad eum pertinet, qui publica custodia coërcetur, sed ad eum quoque, qui à latronibus, aut praedonibus vel potentiore vi oppressus, vinculis coërcebatur. Vinculorum autem appellatio latius accipitur: nam etiam inclusos, veluti lautumiis, vinctorum numero haberi placet: quia nihil intersit, parietibus, an compedibus teneatur. Custodiam autem solam publicam accipi Labeo putat“ — und Ulpian

Fr. 10. D. h. t.

„In eadem causa sunt, et qui à militibus, statoribusque, vel à municipalibus ministeriis adservantur, si probentur rei suae superesse non potuisse. In vinculis autem etiam eos accipimus, qui ita alligati sunt, ut sine dedecore in publico comparere non possunt.“ — Beyde ſtimmen nehmlich darin überein, daß unter dem „in vinculis esse“ nicht bloß die wirklich in Feſſeln, ſondern über-

haupt die im Verhaft befindlichen Perſonen — zu verſtehen ſeyen. Die frühere Anſicht Labeo's aber, daß ſolche, welche bloß von einer Privatperſon in Gewahrſam zurückgehalten werden, denjenigen qui in vinculis sunt nicht beyzuzählen ſeyen, theilt Calliſtratus nicht, indem er vielmehr auch den im Gewahrſam von Räubern befindlichen die Reſtitution zuſpricht. In dem

Fr. 14. D. h. t.

„Item ei succurritur, qui in hostium potestate fuit, i. e. ab hostibus captus. Nam transfugis nullum credendum est beneficium tribui, quibus negatum est postliminium. Poterant tamen, qui in hostium potestate essent, illa parte edicti contineri, qua loquitur de his, qui in servitute fuerint“ — geht ſodann Calliſtratus auf Diejenigen über, qui in hostium potestate sunt, und belehrt uns, daß dieſen nur ſolche beygezählt werden können, welche in feindliche Gefangenſchaft gerathen ſind, wobey auch ihnen noch die während der Gefangenſchaft Statt findende Sklaverey zu Statten komme, daß jedoch die Ueberläufer denſelbigen nicht beygezählt werden können. Ulpian aber

Fr. 15. D. h. t.

fügt noch folgende Bemerkung hinzu: „Ab hostibus autem captis, postliminio reversis succurritur, aut ibi mortuis: quia nec procuratorem habere possunt, cum aliis supra scriptis etiam per procuratorem possit subveniri, praeter eos, qui in servitute detinentur. Ego autem, etiam nomine ejus, qui hostium potitus est. (Hier iſt wohl die Lesart der Vulgata „qui in hostium potestate est“ vorzuziehen, denn auch die Baſiliken

L. X. tit. 35. Fr. 14. pr. (Ed. *Fabr.* Tom. I. p. 701. Ed. *Heimb.* Tom. I. p. 544.)

überſetzen dieſe Worte mit „τοῦ αἰχμαλώτου“ captivi i. e. qui ab hostibus captus est) — si curator (ut plerumque) fuerit bonis constitutus, auxilium competere existimo. §. 1. Non minus autem ab hostibus capto, quam ibi nato, qui postliminium habet, succursum videtur. §. 2. Si damni infecti missus sit in aedes militis: si quidem praesente eo jussit Praetor possideri, non restituitur: sin vero absente eo, dicendum subveniri ei debere.

§. 3. Sed quod simpliciter Praetor edixit, *posteave*, ita accipiendum est: ut, si inchoata sit bonae fidei possessoris detentatio ante absentiam, finita autem reverso, restitutionis auxilium locum habeat, non quandoque, sed ita demum, si intra modicum tempus, quam rediit, hoc contigit: id est, dum hospitium quis conducit, sarcinulas componit, quaerit advocatum; nam eum, qui differt restitutionem, non esse audiendum Neratius scribit." — Was uns bey dieser Stelle vorzüglich intereſſirt, iſt der §. 3. Wir ſehen nehmlich aus demſelben, daß das Wort „posteave" in dem Edict des Prätors, und zwar in dem erſten Satze deſſelben ſtand. Dieſes Wort finden wir nun in dem oben S. 229 abgedruckten

Fr. 1. §. 1. D. h. t.

nimmer, wohl aber hat der C. Hal. noch daſſelbe, er hat nehmlich das Wort „posteave" ſtatt „sive" vor den Worten „cujus actionis", und für die Richtigkeit dieſer Lesart bürgt auch die vorliegende Stelle. Was den Sinn unſeres §. 3. betrifft, ſo iſt ſolcher kein anderer als der: daß wer nach aufgehobenem Hinderniß noch immer die Klage anſtellen konnte, ſeiner eigenen Nachläſſigkeit halber nicht mehr reſtituirt werden könne. Setzen wir nehmlich den Fall, eine gewiſſe Klage verjährt ſich innerhalb fünf Jahre. Ein Jahr war ſchon an der Verjährungsfriſt verſtrichen, als Derjenige, welchem die Klage zuſtand, und gegen welchen alſo verjährt werden ſollte, von der Staats-Regierung mit einem Auftrage beehrt wurde, welcher ihn drey Jahre im Auslande aufhielt. Nach Verfluß dieſer drey Jahre kehrte er in ſein Vaterland zurück, und ſomit hatte die Verjährung der Klage noch ein ganzes Jahr zu laufen. Dieſes Jahr läßt er nun verſtreichen, und erſt nachdem dieſes verſtrichen iſt, bittet er um Reſtitution gegen den Ablauf der Verjährungsfriſt, und zwar aus dem Grunde, weil er in öffentlichen Angelegenheiten ſich drey Jahre lang im Ausland aufgehalten habe. Dieſem verweigert nun Ulpian geradezu die Reſtitution, und zwar mit Recht, wie Paulus

Fr. 16. D. h. t.

ſagt: „Non enim negligentibus subvenitur, sed necessitate rerum impeditis." — Ganz anders, fügt jedoch

Ulpian hinzu, würde ſich die Sache verhalten, wenn ihm nach ſeiner Rückkehr nur noch eine kurze Friſt geblieben wäre, ſetzen wir z. B. nur acht Tage, innerhalb welcher er ſich um eine Wohnung erſt umſehen, ſeine häusliche Einrichtung treffen, und noch nach einem Rechtsfreunde ſich erkundigen mußte. Was freilich in jedem einzelnen Falle für ein modicum tempus anzuſehen ſey? hängt lediglich von richterlichem Ermeſſen ab, wie auch Paulus

Fr. s. c.

ganz richtig bemerkt: „Totumque istud arbitrio Praetoris temperabitur: id est, ut ita demum restituat, si non negligentia, sed temporis angustia non potuerunt litem contestari.“ — Paulus belehrt uns dann im

Fr. 18. D. h. t.

„Sciendum est, quod in his casibus restitutionis auxilium majoribus damus, in quibus rei duntaxat persequendae gratia queruntur: non cum et lucri faciendi ex alterius poena, vel damno, auxilium sibi impertiri desiderant“ — welches die Baſiliken

L. X. tit. 35. Fr. 18. (Ed. *Fabr.* Tom. I. p. 702. Ed. *Heimb.* Tom. I. p. 545.)

etwas bündiger alſo geben:

„Ζημιωθεῖσι τοῖς τελείοις δίδοται ἀποκατάστασις· οὐ μὴν ὅτε θέλουσιν ἐκ τῆς ἑτέρων ποινῆς ἢ ζημίας κερδᾶναι.“	„Restitutio datur majoribus laesis: non etiam, cum ex aliorum poena vel damno lucrifacere volunt.“

— daß die Reſtitution nur inſoweit ertheilt werde, als der zu Reſtituirende den ihm zugefügten Nachtheil zu vermeiden, nicht inſofern er ſich aus der ſtrafbaren Handlung eines Andern und zu deſſen wirklichem Nachtheil einen Vortheil zu verſchaffen ſuche. Ein Beyſpiel hievon gibt uns die actio quod metus causa, denn hier konnte die Verurtheilung post annum niemals in quadruplum erfolgen, ſondern die wenigſtens früher unverjährbare actio in simplum ſtand dem Verletzten allein zu, und in Beziehung auf dieſe hatte ja der Verletzte auch eben deßwegen, weil ſie unverjährbar war, keine Reſtitution nöthig, was freilich, nachdem ſich auch dieſe jetzt innerhalb 30 Jahre verjährt, anders geworden iſt, denn jetzt konnte in Beziehung

auf die actio in simplum Reſtitution Statt finden. Hier: nächſt aber erwähnt Ulpian in dem

Fr. 17. §. 1. D. h. t.

„Eum quoque, cui sic legatum sit, vel in annos singulos, quibus in Italia esset, restituendum, ut capiat, atque si in Italia fuisset, et Labeo scribit, et Julianus libro quarto, et Pomponius libro trigesimo primo probant: non enim dies actionis exiit, ubi Praetoris auxilium necessarium erat, sed conditio in causa est" — noch einer beſondern Reſtitution, denn in dem vorliegenden Falle, in welchem ſich die Klage nicht verjährte, wurde der Reſtituirte auch nicht gegen den Ablauf der Verjährungsfriſt, ſondern gegen die Bedingung, wonach er, um das Vermächtniß jedes Jahr zu beziehen, ſich auch das Jahr über in Italien aufhalten mußte, reſtituirt, was er mit den Worten „condictio in causa sc. restitutionis est" bezeichnet. Nun geht aber der Prätor auf einen andern und zweyten Satz über, welcher in dem oben S. 229 abgedruckten Edict mit den Worten „Item si quis" beginnt, und mit denen „potestas erit" endigt. Zu dieſer Stelle finden wir nun wieder mehrere Bemerkungen, nehmlich von Ulpian

Fr. 21. D. h. t.

„Item ait Praetor: si quis usu suum fecisset: aut, quod non utendo sit amissum, consecutus: actioneve qua solutus ob id, quod dies ejus exierit, cum absens non defenderetur. Quam clausulam Praetor inseruit: ut quemadmodum succurrit supra scriptis personis, ne capiantur: ita et adversus ipsas succurrit, ne capiant. §. 1. Et erit notandum, quod plus Praetor expressit, cum adversus eos restituit, quam cum ipsis subvenit: nam hic non certas personas enumeravit, adversus quas subvenit, ut supra: sed adjecit clausulam, qua omnes, qui absentes non defenduntur, complexus est. §. 2. Haec autem restitutio locum habet: sive per se, sive per subjectas sibi personas usu adquisierunt, qui absentes non defendebantur, et ita si nemo eorum erat defensor. Nam si fuit procurator, cum habueris, quem convenias, non debet inquietari. Caeterum, si non existebat defensor, aequissimum erat subveniri: eo potius, quod eorum, qui non defenduntur, si quidem latitent, Praetor ex

edicto pollicetur, in bona eorum mittere, ut, si res exegerit, etiam distrahantur: si vero non latitent, licet non defendantur, in bona tantum mitti. §. 3. Defendi autem non is videtur, cujus se defensor ingerit: sed qui requisitus ab actore, non (est) defensioni defuturus. Plenaque defensio accipietur, si et judicium non detrectetur, et judicatum solvi satisdetur" — wozu auch die Baſilicen

L. X. tit. 35. Fr. 21. (Ed. *Fabr.* Tom. I. p. 702. u. 703. Ed. *Heimbach* Tom. I. p. 545.)

zu vergleichen ſind:

„Οἱ κατὰ τὰς εἰρημένας αἰτίας ἀπολιμπανόμενοι βοηθοῦνται εἰς τὸ μὴ ζημιωθῆναι. κατὰ παντὸς δὲ ὁπωσοῦν ἀπολιμπανομένου καὶ μὴ ἐκδικουμένου δίδοται ἀποκατάστασις τοῖς ἐκ τούτου βλαπτομένοις, ἢ διὰ τῆς ἀπὸ χρήσεως κυριότητος, ἢ διὰ ἀχρησίας, ἢ διὰ τὸ ἐξήκειν τὸν χρόνον τῆς ἀγωγῆς. εἴτε δἰ ἑαυτῶν, εἴτε διὰ τῶν ὑπεξουσίων αὐτῶν οἱ ἀπόντες διὰ χρήσεως κυριεύουσιν, ὅτε μὴ διεκδικῶνται, οὐ μὴν ὅτε διοικητὰς ἔχουσι, χώρα τῷ δόγματι."

„Qui ex supra dictis causis absunt, adjuvantur, ne damnum patiantur. Adversus omnem autem quoquomodo absentem et non defensum restitutio datur eis, qui exinde damnum patiuntur, vel usucapione, vel non utendo, vel tempore actionis praeterito. Edicto locus est, sive per se, sive per subjectas sibi personas absentes usu acquisierint, si non defendantur, non etiam si procuratores habeant."

Man kann ſich nehmlich gar leicht überzeugen, daß das Edict in der vorliegenden zweyten Stelle von einem ganz andern Falle, als in der erſten Stelle handle. Der Prätor wollte nehmlich, und dieß drückt er in der erſten Stelle aus, daß die Abweſenheit vom Wohnorte unter gewiſſen Beſtimmungen Niemand nachtheilig werden ſolle. Gar leicht aber konnte der von ſeinem Wohnorte Abweſende durch ſeine Abweſenheit auch einen Vortheil erhalten, welchen er ohne jene nicht erhalten haben würde, denn ſo wenig der Abweſende ſeinen Gegner während ſeiner Abweſenheit belangen konnte, ſo wenig konnte auch der Abweſende während derſelben von ſeinem Gegner belangt werden. So konnte alſo der Abweſende gar leicht uſucapiren, es konnte eine ſeinem Gegner gegen ihn zuſtehende Klage ſich

verjähren — hätte nun der Prätor nicht auch ſeinen Gegner zur Reſtitution zugelaſſen, ſo würde er offenbar den Abweſenden dadurch, daß er ihn gegen alle Nachtheile der Abweſenheit ſchützte, und ihm noch die Vortheile derſelben zukommen ließ, begünſtigt, und gegen den Grundſatz der Rechtsgleichheit angeſtoßen haben. Dieß war aber die Abſicht des Prätors nicht, und indem er nun den Abweſenden gegen das — ne capiatur — ſchützte, mußte er auch ſeinen Gegner gegen das — ne capiat absens — ſchützen. Dem Gegner des Abweſenden aber war es einerley, auf welchem Grund die Abweſenheit beruhte, und daher war auch die Reſtitution der Gegner der Abweſenden nicht wie die der Abweſenden auf gewiſſe Kategorien der Abweſenheit beſchränkt, wie der §. 1. unſerer Stelle bemerkt. Dieſe Reſtitution der Gegner der Abweſenden fand jedoch nur dann Statt, wenn die Abweſenden keine Stellvertreter oder Sachwalter hinterlaſſen hatten, denn war dieß der Fall, ſo hatte ja der Gegner Jemand, gegen welchen er die Klage anſtellen konnte, und hatte er dieß demunerachtet unterlaſſen, ſo war dieß ganz ſeine eigene Schuld, gegen welche er nicht reſtituirt werden konnte. Was aber Ulpian im §. 3. unſerer Stelle, ſo wie Paulus

Fr. 22. pr. u. §. 1. D. h. t.

von den Römiſchen defensoribus vorbringt, kann ich hier füglich übergehen. Merkwürdig iſt jedoch des Paulus

Fr. s. c. §. 2.

„Quod edictum etiam ad furiosos, et infantes, et civitates pertinere Labeo ait“ — denn hier ſpricht offenbar Paulus nur von ſolchen furiosis, infantibus et civitatibus, welche nicht durch Vormünder, Vermögensverwalter, oder durch die betreffenden Municipal-Behörden vertreten wurden. Ein Mittel, die Reſtitution überflüſſig zu machen, erfand nun Juſtinian in der

Const. 2. C. de annal. except. (7, 40.)

„Ut perfectius omnibus consulamus, et nemini absentia, vel potentia, vel infantia penitus adversarii sui noceat, sed sit aliqua inter desides et vigilantes differentia: sancimus, si quando abſuerit is, qui res alienas, vel creditori obnoxias detinet, et desiderat dominus rei vel creditor suam intentionem proponere, et non ei licentia sit ab-

sente suo adversario, qui rem detinet, vel infantia, vel furore laborante, et neminem tutorem vel curatorem habente, vel in magna potestate constituto, sua auctoritate eas res usurpare: licentia ei detur adire praesidem provinciae, vel libellum ei porrigere, et hoc in querimoniam deducere intra constituta tempora, et interruptionem temporis facere, et sufficere hoc ad plenissimam interruptionem. Sin autem nullo potuerit modo praesidem adire, saltem ad locorum episcopum eat, vel defensorem civitatis, et suam manifestare voluntatem in scriptis deproperet. Sin autem abfuerit vel praeses, vel episcopus, vel defensor civitatis: liceat ei proponere publice, ubi domicilum habet possessor seu cum tabulariorum subscriptione, vel si civitas tabularios non habeat, cum trium testium subscriptione: et hoc sufficere ad omnem temporalem interruptionem, sive triennii, sive longi temporis, sive XXX vel XL annorum sit. Omnibus aliis, quae de longi temporis praescriptione, vel XXX vel XL annorum curriculis constituta sunt, sive ab antiquis legum conditoribus, sive à nostra majestate, in suo robore duraturis." — Allein eine andere Frage iſt die: ob, wenn der Gegner des Abweſenden die Verjährung nicht auf die in der vorliegenden Conſtitution bezeichnete Weiſe unterbrochen hat, er hiedurch der Reſtitution verluſtig erklärt werden könne? eine Frage, welche unſer Verfaſſer §. 470. S. 35—39 verneint. Dieſe Anſicht des Verfaſſers theile ich aus folgenden Gründen

a) erwähnt Juſtinian der gedachten Reſtitution noch in dem

§. 5. I. de act. (4, 6.)

„Rursus ex diverso, si quis, quum Reipublicae causa abesset, vel in hostium potestate esset, rem ejus, qui in civitate esset, usuceperit, permittitur domino, si possessor Reipublicae causa abesse desierit, tunc intra annum, rescissa usucapione, eam petere: id est, ita petere, ut dicat, possessorem usu non cepisse, et ob id suam rem esse. Quod genus actionis quibusdam et aliis simili aequitate motus Praetor accommodat: sicut ex latiore Digestorum, seu Pandectarum volumine intelligere licet." — Die Inſtitutionen aber ſind erſt im Jahr

533 (I. Bd. S. 61) promulgirt worden, die fragliche Conſtitution aber iſt ſchon im Jahr 530, oder höchſtens 531 erſchienen, was ſich, wenn ſie gleich kein Datum hat, daraus ergibt, daß die ihr vorgehende vom Jahr 530, die ihr nachfolgende aber vom Jahr 531 datirt, ſie alſo in der Zwiſchenzeit zwiſchen beyden erſchienen iſt;

b) ſpricht hiefür der Ausdruck des Harmenopulus in ſeinem

Manuale legum L. I. tit. 3. §. 11. (in Supplem. Tomo ad *Meerm.* Thes. I. C. et C. p. 29.)

wo er ſagt: „ἔχει ἐπ' ἀδείας“ — „licentiam habet“ — denn dieſer Ausdruck bürgt dafür, daß die fragliche Conſtitution nicht als eine präceptive — gebietende, ſondern lediglich als eine permiſſive — erlaubende (I. Bd. S. 5) anzuſehen, und daß alſo ihre Vorſchrift auch lediglich eine facultative, eine in der Willkür der Parthie liegende ſey. Keineswegs aber wollte Juſtinian die Parthie zu Unterbrechung der Verjährung zwingen, ſondern er wollte ihr ein Mittel bieten, dasjenige, was ſie früher nur auf dem Wege der Reſtitution erreichen konnte, auch außer demſelben und vielleicht auf einfachere und kürzere Weiſe zu erreichen, daß aber einer Parthie, welche ſich dieſes Mittels nicht bedienen würde, die Reſtitution nachher nimmer zuſtehe, ſagt er nirgends. Zu den Worten des Edicts „inve vinculis“ macht Ulpian

Fr. 23. pr. D. h. t.

folgende richtige Bemerkung: „Ait Praetor, inve vinculis esset, secumve agendi potestatem non faceret. Haec persona merito adjecta est: fieri enim poterat, ut quis in vinculis praesens esset, vel in publica, vel in privata vincula ductus. Nam et eum, qui in vinculis est, si modo non sit in servitute, posse usu adquirere constat. Sed et is, qui in vinculis est, si defendatur, cessat restitutio.“ — Die §§. 1—3. dieſes Fragments, welche ſich lediglich auf den damaligen Zuſtand der Sklaverey der Kriegsgefangenen beziehen, kann ich übergehen. Dagegen kommt hier der

§. 4.

„Deinde adjicit Praetor, secumve agendi potestatem non faceret, ut, si, dum hoc faciat, per usum adquisitio impleta

impleta, vel quid ex suprascriptis contigit, restitutio concedatur: merito" — wieder in Betracht, wozu Paulus

Fr. 24. D. h. t.

„Sed et ad eos persinet, qui conventi frustrantur, et qualibet tergiversatione, et solertia efficiunt, ne cum ipsis agi possit" — und Gajus

Fr. 25. D. h. t.

„Quod quidem simili modo ad eum quoque pertinere dicemus, qui non frustrandi gratia id faceret, sed quod multitudine rerum distringeretur" — bemerken, daß dieſe Reſtitutionsart überhaupt dann eintrete, wenn Jemand auf irgend eine Weiſe abſichtlich oder unabſichtlich der Anſtellung der Klage auszuweichen ſuche. — Auch dann, wenn der Richter zur Verſäumniß Veranlaſſung gegeben hatte, fand dieſe Reſtitution Statt, nach Ulpian

Fr. 26. pr. D. h. t.

„Sed et si per Praetorem stetit, restitutio indulgebitur." — Nun geht Ulpian

Fr. s. c. §. 2.

„Ait Praetor, aut cum eum invitum in jus vocare non liceret, neque defenderetur, haec clausula ad eos pertinet, quos more majorum sine fraude in jus vocare non licet: ut consulem, praetorem, caeterosque, qui imperium, potestatemve quam habent. Sed nec ad eos pertinet hoc edictum, quos Praetor prohibet sine permissu suo vocari: quoniam aditus potuit permittere: patronos puta, et parentes" — auf eine weitere Stelle des Edicts über, und unterſcheidet hier zwiſchen ſolchen, welche man gar nicht, und welche man ohne ſpecielle Erlaubniß nicht belangen konnte, und läßt nur bey den Erſteren die Reſtitution unbedingt, bey Letzteren aber aus dem Grunde nicht zu, weil die Betheiligten um eine ſolche Erlaubniß einkommen konnten. In dem

§. 3.

„Deinde adjicit, neque defenderetur: quod ad omnes suprascriptos pertinet, praeterquam ad eum, qui absens quid usucepit: quoniam plene supra de eo cautum est" — bemerkt er, daß die Reſtitution überhaupt nur dann Statt finde, wenn die hier angeführten Perſonen, ſomit auch die frustrantes nicht vertreten wären. Was aber

die absentes namentlich betrifft, ſo bezieht er ſich auf das oben S. 236 abgedruckte

Fr. 21. §. 2. D. h. t.

Nun erläutert Ulpian eine weitere Stelle unſeres Edicts in den

Fr. 26. §§. 4—6. D. h. t.

§. 4. „Ait Praetor, sive cui per magistratus sine dolo malo ipsius actio exempta esse dicetur: hoc quo? ut si per dilationes judicis effectum sit, ut actio eximatur, fiat restitutio. Sed et si magistratus copia non fuit, Labeo ait restitutionem faciendam. Per magistratus autem factum ita accipiendum est, si jus non dixit, alioquin, si causa cognita denegavit actionem, restitutio cessat. Et ita Servio videtur. Item per magistratus factum videtur, si per gratiam aut sordes magistratus jus non dixerit: et haec pars locum habebit: nec non et superior, secumve agendi potestatem non faciat. Nam id egit litigator, ne secum agatur, dum judicem corrumpit. §. 5. Actio exempta sic erit accipienda, si desiit agere posse. §. 6. Et adjicitur sine dolo malo ipsius: videlicet, ut si dolus ejus intervenit, ne ei succurratur: ipsis enim delinquentibus Praetor non subvenit. Proinde si, dum vult apud sequentem Praetorem agere, tempus frustratus est, non ei subvenietur. Sed et si, dum decreto Praetoris non obtemperat, jurisdictionem ei denegaverit, non esse eum restituendum Labeo scribit. Idemque, si ex alia justa causa non fuerit ab eo auditus." — Merkwürdig iſt auch das

Fr. 26. §§. 7. u. 8. D. h. t.

„Si feriae extra ordinem sint indictae, ob res puta prospere gestas, vel in honorem principis: et propterea magistratus jus non dixerit: Cajus Cassius nominatim edicebat, restituturum se: quia per Praetorem videbatur factum. Solemnium enim feriarum rationem haberi non debere: quia prospicere eas potuerit, et debuerit actor, ne in eas incidat: quod verius est: et ita Celsus lib. II. Digest. scribit. Sed cum feriae tempus eximunt, restitutio duntaxat ipsorum dierum facienda est, non totius temporis: et ita Julianus lib. IV. Digest. scribit: ait enim, rescissionem usucapionis ita faciendam, ut hi dies

restituantur, quibus actor agere voluit, et interventu feriarum impeditus est. §. 8. Quotiens per absentiam quis non toto tempore aliquem exclusit: ut puta rem tuam possedi, uno minus die statuto in usucapionibus tempore: deinde reipublicae causa abesse coepi: restitutio adversus me unius diei facienda est." — Wir finden nehmlich in dieſer letzten Stelle den ganz folgerechten Satz: daß dem Reſtituirten nach erfolgter Reſtitution nicht die ganze Verjährungsfriſt, ſondern nur derjenige Theil derſelben, welcher ihm durch das vorliegende Hinderniß benommen wurde, laufe. Setzen wir alſo den Fall, die Friſt betrug ein Jahr, noch 30 Tage fehlten, als ein einen Reſtitutionsgrund bildendes Hinderniß für den zu Reſtituirenden eintrat, durch die ihm nachher ertheilte Reſtitution wird ihm nun nicht das ganze Jahr, ſondern es werden ihm nur die 30 Tage, welche er an der früheren Friſt verloren hatte, wieder ertheilt. Hier tritt aber noch eine andere Frage, nehmlich die, ein: Ob es nothwendig ſey, daß die Verhinderung der Friſt an das Ende derſelben gefallen, und fortgedauert, oder ob auch dann Reſtitution ertheilt werden könne, wenn das Hinderniß während der Friſt wieder gehoben worden ſey? Setzen wir den Fall, die Friſt dauerte ein Jahr, ſechs Monate floßen ohne Hinderniß vorüber, im ſiebenten Monat erſt trat ein Hinderniß ein, dieſes wurde aber am Schluſſe des neunten Monats gehoben, und der Verhinderte hatte alſo noch einen ganzen Monat, kann nun der Verhinderte demunerachtet noch reſtituirt werden? Dieſe Frage muß ich nach den Grundſätzen des poſitiven Römiſchen Rechts verneinen, denn Ulpian drückt ſich in dem oben S. 234 abgedruckten Fr. 15. §. 3. D. h. t. aufs Beſtimmteſte dahin aus, daß wenn Derjenige, welcher um Reſtitution nachſucht, nach gehobenem Hinderniſſe noch hinreichende Zeit hatte, das Verſäumte nachzuholen, ihm die Reſtitution zu verſagen ſey, auch ſteht Ulpians

Fr. 28. §. 3. D. h. t.

„Si quis saepius reipublicae causa abfuit: ex novissimo reditu tempus restitutionis esse ei computandum, Labeo putat. Sed si omnes quidem absentiae annum colligant, singulae minus anno: utrum annum ei damus ad restitutio-

nem, an vero tantum temporis, quantum novissima ejus absentia occupavit, videndum. Et puto annum dandum" — hiemit nicht im Widerſpruch, denn hier iſt nicht von der Verſäumniß der Friſt in der Hauptſache, ſondern von der — der Reſtitutionsfriſt, d. h. von derjenigen Friſt die Rede, innerhalb welcher die Reſtitution nachgeſucht werden muß, und beyde, welche übrigens im gemeinen Leben ſo häufig mit einander verwechſelt werden, muß man wohl unterſcheiden. In dem

Fr. 26. §. 9. D. h. t.

„Item (inquit Praetor): si qua alia mihi justa causa videbitur, in integrum restituam. Haec clausula edicto inserta est necessario: multi enim casus evenire potuerunt, qui deferrent restitutionis auxilium: nec singulatim enumerari potuerunt, ut quotiens aequitas restitutionem suggerit, ad hanc clausulam erit descendendum: utputa legatione quis pro civitate functus est: aequissimum est eum restitui, licet reipublicae causa non absit: et saepissime constitutum est, adjuvari eum debere: sive habuit procuratorem, sive non. Idem puto, et si testimonii causa sit evocatus ex qualibet provincia, vel in urbem vel ad principem: nam et hic saepissime est rescriptum subveniri. Sed et his, qui cognitionis gratia vel appellationis peregrinati sunt, similiter subventum. Et generaliter quotiescunque quis ex necessitate non ex voluntate abfuit: dici oportet, ei subveniendum" — geht ſodann Ulpian auf die ſogenannte clausula generalis über. Verſchiedene Fälle hatte der Prätor genannt, in welchen er Reſtitution ertheilen werde, weil er aber nicht jeden einzelnen Fall in ſein Edict aufnehmen konnte, ſo behielt er ſich vor, in einzelnen Fällen auch noch aus weiteren Gründen zu reſtituiren. Dieſe clausula generalis bot nun aber der Doctrin ein weites Feld, und wir ſehen auch wirklich, daß die clausula generalis von der Doctrin berückſichtigt wurde. Aber die Doctrin ſuchte für dieſe clausula doch einen Anhalts-Punkt in dem Edicte, ſie beſchränkte nehmlich die nicht im Edict genannten Fälle auf ſolche, welche mit den im Edict genannten Aehnlichkeit hatten, und ihnen analog waren. So ſpricht gleich Ulpian in unſerm §. von Demjenigen, welcher in Angelegenheiten einer

Gemeinde (civitatis) abweſend war, denn nach den Worten des Edicts, welches eine absentia reipublicae causa — in Staatsangelegenheiten — forderte, konnte er nicht reſtituirt werden. Vermöge der clausula generalis aber wurde dieſer Fall wegen Analogie des Grundes dem im Edict wörtlich enthaltenen gleichgeſtellt. Es wurden ſodann ferner dieſem Fall die weitern gleichgeſtellt, wenn Jemand eines Rechtsſtreits oder eines Zeugniſſes halber ſich entfernen mußte, überhaupt aber Jeder, welcher irgend eine Reiſe nothwendig unternehmen, d. h. ſich nothwendigerweiſe von ſeinem Wohnorte entfernen mußte. Die Bemerkung des Paulus

Fr. 27. D. h. t.

„Et sive quid amiserit, vel lucratus non sit: restitutio ſacienda est, etiamsi non ex bonis quid amissum sit“ — erſcheint dann um ſo mehr als eine ſogenannte lex fugitiva, als ſich ſolche auf die Reſtitution der Volljährigen überhaupt bezieht, und nicht auf die ex clausula generali zu beſchränken iſt. Denn dieſe Reſtitution findet nicht nur zu Abwendung eines wirklich erlittenen Nachtheils, ſondern auch dann Statt, wenn Jemand einen ihm dargebotenen Vortheil zu benützen unterlaſſen hat, wobey ich jedoch zu bemerken nicht unterlaſſen kann, daß nach dem oben S. 235 bemerkten gegen Pönal-Privatklagen keine Reſtitution Statt findet. Nun geht aber Ulpian

Fr. 28. pr. D. h. t.

„Nec non et si quis de causa probabili abſuerit: deliberare debet Praetor, an ei subveniri debeat: puta studiorum causa, forte procuratore suo defuncto: ne decipiatur per justissimam absentiae causam“ — noch weiter, und bemerkt, daß auch nicht bloß jede nothwendige, ſondern auch freywillige, ihrem Zwecke nach nicht verwerfliche (probabiles, ſpäter laudabiles genannt) Entfernungen (d. h. ſolche Entfernungen, welche irgend einen beſtimmten, von den Geſetzen nicht mißbilligten Zweck haben, denn der Dieb, welcher um einen Diebſtahl zu begehen, oder um der Strafe eines bereits begangenen Diebſtahls zu entgehen, ſich entfernt, und derjenige, welcher einem andern ihm drohenden Rechtsſtreit zu entgehen ſucht, würde natürlicherweiſe die Reſtitution nicht anzuſprechen haben) als Reſti-

tutionsgründe gelten können, und führt nun das Beyſpiel eines Studirenden an, was aus dem Wörtchen „puta“ ganz unzweydeutig hervorgeht; daſſelbe wäre aber der Fall bey einem Kaufmann, welcher eine Geſchäftsreiſe zu machen hat ꝛc. Nun entſteht aber eine andere Frage, nehmlich die: Werden die obengenannten auch dann reſtituirt, wenn ſie einen Stellvertreter oder Sachwalter zu Beſorgung ihrer Angelegenheiten hinterlaſſen haben? und hier ſcheint uns das Römiſche Recht nur eine Controverſe zu bieten. Es findet ſich nehmlich in dem

Fr. 8. D. de in integr. restitut. (4, 1.)

folgende Stelle von Macer: „Inter minores viginti quinque annis, et eos, qui reipublicae causa absunt, hoc interest: quod minores annis etiam qui per tutores curatoresve suos defensi sunt, nihilominus in integrum contra rempublicam restituuntur, cognita scilicet causa: ei vero, qui reipublicae causa absit, caeteris quoque, qui in eadem causa habentur, si per procuratores suos defensi sunt, hactenus in integrum restitutione subveniri solet, ut appellare his permittatur.“ — Macer alſo behauptet, die in Staatsangelegenheiten Abweſenden, und diejenigen, welche ihnen vermöge der auf der Analogie beruhenden clausula generalis gleichgeſtellt werden können, si per procuratores suos defensi sunt, (d. h. wohl nichts anders, als wenn ihre Stellvertreter ſich wirklich in einem gegebenem Falle ihrer Angelegenheiten angenommen haben) nur in Beziehung auf die gegen ihre Procuratoren ausgeſprochenen Urtheile zu ergreifende Berufung reſtituirt werden. Paulus aber

Fr. 39. D. h. t.

„Is, qui reipublicae causa affuturus erat, si procuratorem reliquerit, per quem defendi potuit, in integrum volens restitui, non auditur“ — geht in der That noch weiter, und behauptet, daß der absens reipublicae causa ſelbſt dann nicht reſtituirt werden könne, wenn er einen Stellvertreter, welcher ſich mit ſeinen Angelegenheiten hätte befaſſen können, aufgeſtellt habe. Dagegen ſcheint aber Ulpian denjenigen, welche Abweſenheits halber ex verbis Edicti oder ex clausula generali reſtituirt werden,

die Reſtitution „sive habuere procuratorem sive non“ zu⸗kommen zu laſſen, wie er ſich in dem ob. S. 244 abgedruckten

Fr. 26. §. 9. D. h. t.

ausdrückt, aber er ſcheint nach dem gleichfalls o. S. 245 a.

Fr. 28. pr. D. h. t.

zwiſchen den ex necessitate und ex voluntate sed causa probabili absentibus in der Art zu unterſcheiden, daß Letzteren, wenn ſie einen Stellvertreter hinterlaſſen haben, die Reſtitution in der Regel nicht zukomme, und ſie nur dann, wenn etwa jener mit Tod abgegangen ſeyn ſollte, reſtituirt werden können. Nehmen wir nun dieſe Stellen ganz wörtlich, ſo trifft die Redactoren der Digeſten der Vorwurf, daß ſie, ſtatt die früheren Controverſen zu beſei⸗tigen, nur wieder eine Controverſe in die Digeſten auf⸗genommen haben, ein Vorwurf, welchen wir aber in ſo lange ihnen nicht machen dürfen, als dieſe Stellen mit einander vereinigt werden können. Dieſer Vorwurf läßt ſich auch wirklich beſeitigen, wiewohl ſie immer hinſicht⸗lich der Art, wie ſie dieſe Stellen aufgenommen haben, ein Vorwurf trifft. Zur Löſung dieſes Räthſels gibt uns nehmlich Paulus

Fr. 44. D. h. t.

„Is, qui Reipublicae causa abest in aliqua re laesus, non restituitur, in qua etiam si reipublicae causa non abfuisset, damnum erat passurus“ — den Schlüſſel an die Hand, indem er dort den ſehr vernunftgemäßen Satz ausſpricht, daß man nur wegen eines ſolchen Nachtheils auf den Grund der Abweſenheit reſtituirt werden könne, welcher wirklich auch nur aus der Abweſenheit ſelbſt her⸗vorgegangen ſey, oder mit andern Worten: daß wenn die Abweſenheit ein Reſtitutionsgrund ſeyn ſoll, zwiſchen ihr und der Verletzung ein Cauſal⸗Nexus Statt finden müſſe. Setzen wir nun den Fall: Ein ſehr reicher Mann, deſſen Vermögen in Grundſtücken, Capitalien ꝛc. beſteht, hält ſich Jemand, welcher ſeine Angelegenheiten verwaltet, er ſelbſt befaßt ſich im Mindeſten nicht mit denſelben, ſondern überläßt Alles ſeinem Verwalter, und weist Jeden, wel⸗cher mit ihm deßfalls verkehren will, an dieſen. Iſt nun dieſer Verwalter ein leichtſinniger ſorgloſer Menſch, welcher durch Leichtſinn und Sorgloſigkeit ſeinen Herrn in tauſend

Verlegenheiten bringt, ſo muß es dieſer ſich doch ſelbſt zuſchreiben, daß er einen ſolchen Menſchen mit ſeinem Zutrauen beehrt hat, und gegen den Mann ſeiner freyen Wahl, gegen deſſen Handlungen und Unterlaſſungen kann er doch nicht reſtituirt werden. — Geſetzt nun, dieſem reichen, ſich um ſeine Angelegenheiten gar nicht bekümmernden Mann wird eine Sendung in's Ausland aufgetragen — ſeine Angelegenheiten aber befinden ſich in demſelben Zuſtande, in welchem ſie ſich auch während ſeiner Anweſenheit befunden haben, d. h. in den Händen ſeines leichtſinnigen Verwalters. Wenn nun dieſer während ſeiner Abweſenheit etwas gethan oder unterlaſſen hätte, wogegen etwa ex capite absentiae Reſtitution nachgeſucht werden könnte, ſo würde man ihm wohl mit Recht erwiedern: durch ſeine Abweſenheit habe er den fraglichen Nachtheil nicht erlitten, denn wenn er auch anweſend geweſen wäre, würde daſſelbe der Fall geweſen ſeyn, denn da er ſeine Angelegenheiten ganz in die Hände ſeines Verwalters gegeben, ſo ſey nicht ſowohl ſeine Abweſenheit, als vielmehr er ſelbſt daran ſchuld, daß er den fraglichen Nachtheil erlitten, mit einem Worte, ſeine Abweſenheit und ſeine Verletzung ſtehen in keinem Cauſal-Nexus mit einander. — Von dieſem Fall ſcheint mir nun zunächſt Paulus in dem oben S. 246 abgedruckten

Fr. 39. D. h. t.

gehandelt zu haben, und hier lege ich auf das Wort reliquerit ein großes Gewicht. Denn ich überſetze es ſo: wer ſeinen gewöhnlichen Vertreter zurückläßt. Ganz anders aber ſtellt ſich die Sache heraus, wenn Jemand ſeine Angelegenheiten ſelbſt beſorgt, und erſt wegen einer die Reſtitution begründenden Abweſenheit einen Sachwalter beſtellt. Denn hier ſteht ſchon die Beſtellung eines ſolchen mit ſeiner Abweſenheit im Cauſal-Nexus, und von dieſem Falle ſcheint mir Ulpian in dem oben S. 244 abgedruckten

Fr. 26. §. 9. D. h. t.

zu handeln, und die Worte „sive procuratorem habuit, sive non" überſetze ich, er mag nun einen Sachwalter während ſeiner Abweſenheit beſtellt haben oder nicht, während das Wort „reliquerit" etwas ganz Anderes bezeich-

net. Auch liegt hiefür ein ſehr vernünftiger Grund vor, denn es iſt wohl ſehr natürlich, daß derjenige, welchem Jemand die Beſorgung ſeiner Angelegenheiten für immer überlaſſen hat, mit denſelben ganz vertraut iſt, während eine ſolche genaue Kenntniß von demjenigen, welcher jetzt erſt und vor der Entfernung beſtellt wird, nicht erwartet werden kann; kann ja doch der Fall eintreten, daß es dem Abreiſenden an der Zeit, ſeinen Sachwalter gehörig zu inſtruiren, gebricht, jedenfalls aber kann hier der vorſichtigſte Sachwalter etwas thun oder unterlaſſen, was er, wäre er mit den Angelegenheiten des Abweſenden beſſer vertraut geweſen, und hätte er namentlich einen Ueberblick über das Ganze gehabt, nicht gethan oder nicht unterlaſſen haben würde. Hier ſteht alſo jedenfalls die Verletzung in einem Cauſal-Nexus mit der Abweſenheit. Nun ſteht aber noch die Stelle des Macer mit den obigen nicht in Verbindung. Allein auch dieſe läßt ſich mit den des Paulus und Ulpian vereinigen. Dieſe ſpricht nehmlich zunächſt von dem Fall, wenn der Sachwalter etwas in der Sache gethan hat, während Ulpian zunächſt nur Unterlaſſungen deſſelben im Auge gehabt zu haben ſcheint. Z. B. der Sachwalter hat einen anhängigen Rechtsſtreit fortgeführt, hiebey aber einen Fehler begangen, in dieſem Falle kann nach Macers oben S. 246 abgedruckten

Fr. 8. D. de restit. in integr. (4, 1.)

der Abweſende nur in Beziehung auf die gegen das gegen ſeinen Sachwalter ausgeſprochene Erkenntniß zu ergreifende Berufung reſtituirt werden. — So dieſe verſchiedenen Stellen erklärt, ſtehen ſie in keinem Widerſpruche mit einander, ſondern jede derſelben handelt vielmehr von einem ganz andern beſondern Falle. Nun fordert freilich Ulpian bey einer absentia ex voluntate probabili noch, daß der Abweſende einen Sachwalter wirklich beſtellt habe, und läßt ihn nach dem oben S. 245 abgedruckten

Fr. 28. pr. D. h. t.

nur dann zur Reſtitution zu, wenn ſein Sachwalter während ſeiner Abweſenheit mit Tod abgegangen iſt. Allein auch hierin liegt für mich etwas ſehr Vernunftgemäßes. Denn ein ſolcher Abweſender konnte ja ſeine Angelegenheiten vorher beſorgen, er konnte und mußte einen Sachwal-

ter beſtellen, und hat er dieß nicht gethan, ſo mag er ſich ſelbſt die Schuld beymeſſen. Denn was auch immer Nachtheiliges für ihn ſich während ſeiner Abweſenheit ereignen möchte, ſo könnte man ihm immer entgegenhalten, daß es durch Beſtellung eines Sachwalters hätte vermieden werden können. Hat er aber das Seinige zu Wahrung ſeiner Rechte gethan, ſo kann es ihm nicht zur Laſt fallen, wenn dieſer Sachwalter Etwas unterläßt oder mit Tod abgeht. Er iſt alſo den Abweſenden, welche Abweſenheits halber einen Sachwalter beſtellt haben, auch rückſichtlich der von ſeinem Sachwalter für ihn geführten oder fortgeſetzten Rechtsſtreitigkeiten iſt er denſelben in Beziehung auf das Rechtsmittel der Berufung beyzuzählen. Daß nun aber das canoniſche Recht

cap. 2. X. de in integr. rest. (1, 41.)

hierin Etwas geändert habe, kann ich in der That nicht finden. Man betrachte nehmlich den in demſelben enthaltenen Fall nur genau. — „Cum venissent ad Apostolic. sedem electus, et Monachi Rothon. pro se ac pro monasterio suo, ac magister A. pro Episcopo Venet. eis sancti Georgii *ad velum aureum* Diacon. Cardinal. dedimus auditorem. Coram quo idem magister pro Episcopi parte proposuit, quod cum monasterium Rothonen. esset situm in dioec. Veneten. et Ecclesiae Veneten. subjectum, praedictus Episcopus possessione subjectionis usus est hactenus inconcusse: sed cum occasione cujusdam electionis, quae ibidem facta fuerat, partes de communi assensu ad Natenen. Episcopum et ejus collegas, commissionis literas impetrassent, duo eorum ad monasterium accesserunt: quorum adventum intrusus praesentiens, renunciavit hujusmodi electioni, et se à monasterio absentavit. Sed Judices auctoritate Apostol. Monachis injunxerunt, ut Syndicum vel Procuratorem eligerent, qui in causis monasterii et consulte ageret, et utiliter responderet: districtius inhibentes eisdem, ne aliquem eligerent in Abbatem, donec plenius cognosceretur de jure, quod Episcopus se habere in Abbatis electione dicebat. Monachi vero, etsi Procuratorem ad mandatum Judicum elegissent, Abbatem tamen contra inhibitionem eorum eligere praesumpserunt, cu-

jus electionem Episcopus petiit infirmari, et se ad possessionem restitui, qua eum Monachi spoliarant. Deinde Judices definitivam sententiam protulerunt, electionem cassantes eandem, quam sententiam dictus magister petiit confirmari. Ad hoc fuit responsum, quod, licet per Procuratorem ex parte Monachorum fuisset propositum, quod monasterium ipsum ad Roman. Eccles. nullo medio pertineret, dicti tamen Judices contra eos procedere nimis animose coeperunt: [*et infra.*] Nos igitur inspectis privilegiis praed. nost. Leonis, Gregorii et Clem. quae monasterium illud ad jus et proprietatem indicant sed. Apostol. pertinere, intelligentes, quod monasterii Procurator, etsi eadem privilegia coram praedictis Judicibus exhibere omiserit negligenter, jus tamen non tam suum, quam nostrum fuerit protestatus, videlicet, quod monasterium ipsum ad Rom. Eccles. nullo medio pertineret, ne ipsius negligentia in damnum tam nostrum, quam monasterii redundaret, ad audientiam restituimus Monachos Rothon. [*et infra.*] Electionem autem à Monachis (sicut dicitur) concorditer factam, pendente controversia ex qua pendet, nec confirmandam duximus, nec etiam infirmandam. — Die Mönche eines Kloſters ſtritten vor der päpſtlichen Curie mit dem Biſchof über die Beſetzung der Abtsſtelle, die Mönche wählten nun ihrerſeits während der Dauer des Streits einen Abt. Beyde Theile handelten vor der päpſtlichen Curie, und dieſe entſchied am Ende für den Biſchof. Während der Verhandlung zeigte ſich nun aber, daß das Ernennungsrecht weder dem Biſchof, noch dem Capitel (den Mönchen), ſondern der päpſtlichen Curie zuſtehe, und nun erklärt der Papſt, daß das fragliche Erkenntniß der päpſtlichen Curie durchaus nicht nachtheilig ſeyn könne, denn für ſie habe der Anwald des Kloſters nicht gehandelt, ſondern nur für das Capitel, die päpſtliche Curie aber hätte, da ſie ſelbſt das Ernennungsrecht anſpreche, als Hauptintervenient in dem fraglichen Rechtsſtreite auftreten können, da dieß aber nicht geſchehen ſey, ſo könne doch, da jedenfalls das fragliche Erkenntniß nur im Parthien-Verhältniſſe zwiſchen dem Biſchof und dem Capitel ausgeſprochen worden ſeye, dieß ihr, der päpſtlichen Curie, nicht

nachtheilig ſeyn, und es ſey nunmehr über dieſe Sache in der Richtung gegen die päpſtliche Curie von beyden weiter zu verhandeln. — Doch der Gerichtsbrauch ſpricht jedenfalls für die Anſicht, daß der Abweſende gegen jedes Verſehen und Nachläſſigkeit ſeines Sachwalters zu reſtituiren ſey, wohl weil man die Vorſchriften des Römiſchen Rechts nicht gehörig aufgefaßt hat. Der Gerichtsbrauch aber ſcheint ſich allerdings zunächſt auf das vom Verfaſſer §. 442. S. 49 angeführte Dubium camerale, welches auch außer dem vom Verfaſſer Anmerkung 76 angeführten bey Emminghauß

Corpus Jur. Germ. II. Band S. 205. ff.

zu finden iſt. Zum weitern Beweiſe aber, daß zur Reſtitution ex clausula generali nur ſolche Fälle berechtigen, welche den in dem Edict namentlich angeführten analog ſind, dient auch Ulpians

Fr. 28. §. 1. D. h. t.

„Item si quis nec in custodia, nec in vinculis sit, sed sub fidejussorum satisdatione, et dum propter hoc recedere non potest, captus sit, restituetur, et adversus eum dabitur restitutio“ — in welchem er den gegen Sicherheits-Leiſtung von Bürgen aus dem Verhaft Entlaſſenen dem in Verhaft (in vinculis) Befindlichen gleichſtellt. Endlich aber macht er

l. s. c. §. 2.

„Quod ejus, inquit Praetor, per leges, plebiscita, Senatus-Consulta, edicta, decreta Principum, licebit. Quae clausula non illud pollicetur, restituturum, si leges permittant: sed, si leges non prohibeant“ — noch eine ſehr beherzigungswerthe Bemerkung; denn allerdings konnte der Prätor unter ſeinem „licebit“ nicht das verſtehen, wenn es die Geſetze geſtatten, denn wäre die Reſtitution ſchon durch das jus civile im Gegenſatz gegen das jus praetorium geſtattet geweſen, ſo hätte ſich der Prätor vergeblich bemüht, dießfalls Etwas in ſeinem Edicte feſtzuſetzen. Das „licebit“ in ſeinem Edicte will daher, wie auch Ulpian ganz richtig bemerkt, nichts anders als das ſagen, inſofern das jus civile nicht geradezu jede Reſtitution ausſchließt. Denn hätte der Prätor eines ſolchen Verbots unerachtet die Reſtitution ertheilen wollen, ſo würde er das jus civile hiedurch abgeändert haben, das Abändern „mutare“ aber

lag nicht in ſeiner Befugniß, ſondern nur das adjuvare und corrigere. Endlich aber finden wir in Marcians

Fr. 46. D. h. t.

„Qui reipublicae causa abfuit, etiam adversus eum, qui pariter reipublicae causa abfuerit, restituendus est, si aliquid damni juste queritur“ — noch eine Antwort auf die Frage: Ob ein Abweſender auch gegen einen Abweſenden reſtituirt werden könne? und zwar eine bejahende. Natürlich aber kommt es auch hier auf den Hauptgrundſatz an, nach welchem die Abweſenheit mit der Verletzung in einem Cauſal-Nexus ſteht. Hiernach wäre dann auch die weitere Frage zu beantworten: ob und in wie weit die Reſtitution nach den Grundſätzen des Römiſchen Rechts Statt finde, wenn beyde Theile oder nur Einer derſelben Sachwalter beſtellt haben oder nicht? So weit die Grundſätze des Römiſchen durch die vom Verfaſſer angeführte Praxis verunſtalteten Rechts. Was nun die Verjährungsfriſt dieſer Reſtitution betrifft, ſo war dieſelbe urſprünglich ein annus utilis. Juſtinian aber hatte ſie in der oben S. 213 abgedruckten

Const. 7. C. de temp. in integr. restit. (2, 53.)

in ein quadriennium, aber nicht, wie man nach dem Eingang glauben ſollte, in ein quadriennium continuum, ſondern wieder nur in ein quadriennium utile umgewandelt, und in dieſer letzteren Beziehung das ältere Recht beybehalten. Fragt man nun: Wer konnte nach früherem Römiſchen Recht Reſtitution ertheilen? ſo müſſen wir hier zwiſchen den verſchiedenen Perioden nothwendig unterſcheiden. Eine Unterſuchung, auf welche ich mich hier nur deßwegen einlaſſe, weil durch ſie manche Fragmente erläutert werden.

I. Zur Zeit der Republik ſtand dieſes Recht zu dem Praetor urbanus und peregrinus (I. Band S. 129 u. 130), natürlich jedem innerhalb ſeines Bereichs, ſodann den Präfecten der italieniſchen Städte, wovon Feſtus handelt

s. v. *praefecturae*.

„Eae appellabantur in Italia, in quibus et jus dicebatur, et nundinae agebantur, et erat quaedam earum respublica neque tamen magistratus suos habebant. In quas legibus praefecti mittebantur quot annis, qui jus dicerent.

Quarum genera fuerunt duo: alterum, in quas solebant ire praefecti quatuor (sex virum pro populi ſuffragio creati erant in haec oppida Capuam, Cumas, Casilinum, Vulturnum, Liternum, Puteolos, Acertas, Suessulam, Atellum, Calatiam), alterum in quas ibant, quos Praetor Urbanus quotannis in quaeque loca miserat legibus, ut Fundos, Formias, Caere, Venafrum, Allifas, Privernum, Avagniam, Frusionem, Reate, Saturnia, Nursiam, Arpinum, aliaque complura." — Denn dieſe Präfecten waren offenbar Staats-Beamte. Municipal-Beamte oder Magiſtrate konnten keine Reſtitution ertheilen, nach Paulus

Fr. 26. D. ad munic. (50, 1.)

„Ea, quae magis imperii sunt, quam jurisdictionis, magistratus municipalis facere non potest. §. 1. Magistratibus municipalibus non permittitur in integrum restituere, aut bona rei servandae causa jubere possidere, aut dotis servandae causa, vel legatorum servandorum causa."

II. Zur Zeit der Imperatoren ſtand dieſe Befugniß außer den Prätoren zu dem Praefectus urbi nach Ulpian

Fr. 16. §. 5. D. de minor. (4, 4.)

„Nunc videndum, qui in integrum restituere possunt. Et tam Praefectus urbi, quam alii magistratus pro jurisdictione sua restituere in integrum possunt, tam in aliis causis, quam contra sententiam suam." — wohl nur deßwegen, weil ihm gleichfalls nach

tit. D. de offic. praef. urbi (1, 12.)

hohe Gerichtsbarkeit zuſtand. Dem Praefectus praetorio, der an die Stelle des früheren magister equitum getreten (worüber Aurelius Arcadius Chariſius zu vergleichen),

Fr. un. D. de offic. praef. praet. (1, 11.)

„Breviter commemorare necesse est, unde constituendi Praefectorum praetorio officii origo manaverit. Ad vicem magistri equitum Praefectos Praetorio antiquitus institutos esse, à quibusdam scriptoribus traditum est. Nam cum apud veteres dictatoribus ad tempus summa potestas crederetur, et magistros equitum sibi eligerent, qui adsociati participales curae [admilitiae gratia] secundam post eos potestatem gererent: regimentis reipublicae ad Imperatores perpetuos translatis, ad similitudinem ma-

gistrorum equitum Praefecti Praetorio à principibus electi sunt, data est plenior licentia ad disciplinae publicae emendationem. §. 1. His cunabulis Praefectorum auctoritas initiata in tantum meruit augeri, ut appellari à Praefectis Praetorio non possit. Nam cum ante quaesitum fuisset, an liceret à Praefectis Praetorio appellare, et jure liceret, et extarent exempla eorum, qui provocaverant: postea publice sententia principali lecta, appellandi facultas interdicta est, credidit enim princeps, eos, qui ob singularem industriam, explorata eorum fide et gravitate, ad hujus officii magnitudinem adhibentur, non aliter judicaturos esse pro sapientia ac luce dignitatis suae, quam ipse foret judicaturus. §. 2. Subnixi sunt etiam alio privilegio Praefecti Praeterio: ne à sententiis eorum minores aetate ab aliis magistratibus, nisi ab ipsis Praefectis Praetorio, restitui possint." — Die angeführte Stelle findet ſich auch mit geringen Abweichungen bey

Lydus de magistr. reipubl. Rom. ed. Fuss. Paris 1822. p. 32 u. 33. (nur fehlt der §. 2.)

Mit Chariſius ſtimmt aber auch Hermogenian überein

Fr. 17. D. de minor. (4, 4.)

„Praefecti etiam Praetorio ex sua sententia in integrum possunt restituere, quamvis appellari ab his non possit. Haec idcirco tam varie: quia appellatio quidem iniquitatis sententiae querelam, in integrum vero restitutio erroris proprii veniae petitionem, vel adversarii circumventionis allegationem continet."

Den Praesidibus provinciarum nach Ulpian

Fr. 42. D. de minor. (4, 4.)

„Praeses provinciae minorem in integrum restituere potest, etiam contra suam, vel decessoris sui sententiam. Quod enim appellatio interposita majoribus praestat, hoc beneficio aetatis consequuntur minores" — nehmlich den Proconsulibus et Legatis Caesaris, nach Macer

Fr. 1. D. de offic. praes. (1, 18.)

„Praesidis nomen generale est: eoque et Proconsules, et Legati Caesaris, et omnes provincias regentes, licet Senatores sunt, Praesides appellantur: Proconsulis appellatio specialis est." — Hiemit ſtimmen auch die Imperatoren Diocletian und Maximian

Const. 2. C. ubi et apud quem (2, 47.)

überein.

Die Reſtitutions-Befugniß ſtand ferner zu: den Legatis Proconsulum, nach Pomponius

Fr. 13. D. de offic. Procons. (1, 16.)

„Legati Proconsulis nihil proprium habent, nisi à Proconsule eis mandata fuerit jurisdictio“ — und nach Papinian

Fr. 1. §. 1. D. de offic. ejus, cui mand. est jurisdictio (1, 21.)

„Qui mandatam jurisdictionem suscepit, proprium nihil habet: sed et ejus qui mandavit, jurisdictione utitur. Verius est enim more majorum jurisdictionem quidem transferri: sed merum imperium, quod lege datur, non posse transire: quare nemo dicit, animadversionem legatum Proconsulis habere, mandata jurisdictione. Paulus notat: et imperium, quod jurisdictioni cohaeret mandata jurisdictione transire verius est“ — jedoch nur inſoweit ihnen das imperium mixtum oder die jurisdictio vom Proconsul übertragen war:

dem Praefectus Augustalis, wie der Praefectus Egypti genannt wurde, nach Ulpian

Fr. un. D. de offic. Praef. August. (1, 17.)

Dem juridicus Alexandriae nach Ulpian

Fr. 1. D. de offic. jurid. (1, 20.)

„Adoptare quis apud Juridicum potest: quia data est ei legis actio“ — und

Fr. 2. ej. tit.

„Juridico, qui Alexandriae agit, datio tutoris constitutione Divi Marci concessa est“ — und mit mir ſtimmt auch

Oeſterley in ſeinen Verſuchen aus dem Gebiete der ſogenannten freiwilligen Gerichtsbarkeit. Hannover 1830. S. 168.

überein. Für ganz irrig aber muß ich es halten, wenn man auch den Procuratoribus Caesaris vel rationalibus

vgl. tit. D. de officio proc. Caes. vel ration. (1, 19.)

dieſe Befugniß zuſchreibt, denn des Imperators Alexander

Const. 2. C. si adv. fiscum (2, 37.)

„Si adversus privatos in integrum restitutionem tam tu quam fratres tui desideratis: praesidis provinciae viri clarissimi notio est, isque, cognita causa aestimabit, an auxilium, quod imploratis, conferri vobis debeat. Quod si adversus fiscum id postulatis, intelligitis, Procuratorem meum una cum praeside, praesente fisci patrono adire vos debere“ — mit welcher auch die Baſiliken

L. X.

L. X. tit. 19. Fr. 2. (Ed. *Fabr.* Tom. I. p. 661. u. 662. Ed. *Heimb.* Tom. I. p. 526.)

zu vergleichen ſind:

„Ἡ διάταξις αὕτη νομοθετοῦσα λέγει· τοὺς μὲν κατὰ ἰδιωτῶν αἰτοῦντας ἀποκαταστάσεως βοήθειαν τῷ ἄρχοντι τῆς ἐπαρχίας προσιέναι, καὶ ἐκεῖνον τὴν αἰτίαν διαγινώσκοντα διακρίνειν, εἰ ὀφείλει διδόναι τὴν ἀποκατάστασιν. ἐὰν δὲ κατὰ τοῦ δημοσίου αἰτῆται ἀποκατάστασις, παρὰ τῷ καθολικῷ μετὰ τοῦ ἄρχοντος τῆς ἐπαρχίας βούλεται τοῦτο γενέσθαι, παρόντος μέντοι τοῦ συνηγόρου τοῦ δημοσίου.“

„Haec constitutio ait, eos, qui adversus privatos restitutionis auxilium desiderant, Praesidem provinciae adire, eumque causa cognita aestimare, an restitutio sit tribuenda. Quodsi adversus fiscum restitutio petitur, apud Procuratorem Caesaris cum Praeside provinciae id fieri vult, praesente tamen advocato fisci.“

— enthält bloß, daß wenn gegen den fiscus Reſtitution nachgeſucht werde, dieß nur vor einer aus dem Procurator Caesaris, dem Praeses und dem patronus fisci zuſammengeſetzten Behörde geſchehen könne. An und für ſich konnte daher der gedachte Procurator nie reſtituiren, ſondern er war nur ein Mitglied derjenigen Behörde, von welcher ausnahmsweiſe die Reſtitution gegen den Fiscus nachgeſucht werden mußte. Eben ſo wenig beweist der Imperatoren Diocletian und Maximian

Const 3. C. Si adv. fiscum. (2, 37.)

„Edicto quidem Divi Marci parentis nostri res minorum exceptae, nihil tuum adjuvant desiderium: siquidem debiti causa patris minoris, vel etiam ipsius praedia venundata quinquennii praescriptionis nullam admittunt quaestionem. Sed quoniam per collusionem sive fraudem tunc temporis procuratoris nostri nimis exiguo pretio fundum tuum cum mancipiis venundatum asseveras: si aditus Rationalis noster tuis adesse fidem allegationibus, nec servatam solemnitatem hastarum animadverterit, fisco te satisfaciente, revocata venditione, fundum tibi restitui jubebit“ — denn hier hatten ja die Imperatoren das Reſtitutionsgeſuch geradezu abgeſchlagen, und nur eine Klage ex dolo procuratoris zugelaſſen, und für den Fall, daß ein ſolcher dolus erweislich ſey, ihrem

Rationalis das Verfahren und die Vollziehung aufgetragen. Eben ſo wenig kann ich in des Imperators Antonin

Const. 1. C. de jurisd. omn. jud. (3, 13.)

„Non quidem fuit competens judex Procurator noster in lite privatorum: sed, cum ipsi eum judicem elegeritis, et is consentientibus adversariis sententiam tulerit: intelligitis, vos acquiescere debere rei ex consensu vestro judicatae: cum et Procurator judicandi potestatem inter certas habeat personas: et vos incongruum eum esse vobis judicem scientes, tamen audientiam ejus elegistis. Quod et in aliis similibus judicibus tam in actionem proponentis, quam in exceptionem opponentis persona locum habebit“ — den Beleg für den Satz finden, daß die gedachten Procuratoren wenigſtens dann dieſe Befugniß gehabt, wenn die Parthien ſich ihnen dießfalls unterworfen haben. Dieſe Conſtitution hängt nehmlich mit der Imperatoren Diocletian und Maximian

Const. 3. C. ej. tit.

„Privatorum consensus judicem non facit eum, qui nulli praeest judicio: nec, quod is statuit, rei judicatae continet auctoritatem“ — auf's Genaueſte zuſammen, und den wahren Sinn derſelben in Verbindung mit der letzteren Stelle geben auch die Baſiliken

L. VII. tit. 3. Fr. 39. (Ed. *Fabr.* Tom. I. p. 277. u. 278. Ed. *Heimb.* Tom. I. p. 268.)

„Ἡ τῶν ἰδιωτῶν συναίνεσις δικαστὴν οὐ ποιεῖ τοῦτον, ὅστις οὐδενὸς προέστηκε δικαστηρίου· οὐδὲ ἅπερ οὗτος ὁρίσει, καταδίκης ἔχουσιν ἰσχύν. ποῖος ἀπρόσφορος δικαστὴς γίνεται ἁρμόδιος ἐκ τῆς τῶν μερῶν συναινέσεως.“

„Privatorum consensus judicem non facit eum, qui nulli praeest judicio: nec quae is statuerit, rei judicatae habent auctoritatem. Judex autem incompetens consensu partium fit competens.“

Dieſe Beyden ſagen nehmlich gar nichts als das, daß Jemand, welcher nicht ein richterliches Amt bekleide, von den Parthien nicht als judex erwählt werden könne, daß aber, wenn Jemand nur überhaupt ein Richteramt bekleide, die Parthien, wenn er gleich im vorliegenden Falle als unzuſtändig anzuſehen ſey, ihn als — judex beſtellen kön-

nen. Da nun der Procurator Caesaris wenigſtens judicandi potestatem inter certas personas habe (unter welchen? darüber vermag ich freilich keine Nachweiſungen zu geben, daß er aber eine ſolche hatte, dafür ſpricht auch des Imperators Antonins

Const. 1. C. qui et apud quem (2, 47.)

welche gleich unten vorkommen wird), ſo ſchließt unſere Conſtitution weiter, ſo könne er, da er wenigſtens judex ſey, auch als incompetent von den Parthien als ſolcher beſtellt werden. Man ſieht hieraus, daß die judicandi potestas des Procurators jedenfalls eine ſehr beſchränkte war, und tief unter der Prätoriſchen Befugniß, dem imperium mixtum, ſtand. Daß aber endlich, und

d) auch die Imperatoren, und zwar in denjenigen Fällen reſtituiren konnten, in welchen den übrigen Behörden keine Reſtitutions-Befugniß mehr zuſtand, erſehen wir aus Ulpians

Fr. 9. §. 6. D. de min. (4, 4.)

„Adversus libertatem quoque minori à Praetore subveniri impossibile est.“ — Paulus

Fr. 10. D. ej. tit.

„Nisi ex magna causa hoc à Principe fuerit consecutus.“ — Ulpians

Fr. 18. §. 1. D. ej. tit.

„Sin autem princeps sententiam dixit, perraro solet permittere restitutionem, et induci in auditorium suum eum, qui per infirmitatem aetatis captum se dicat: dum ea, quae pro causa sunt dicta, non allegat, vel ab advocatis proditum queratur. Denique Glabrionem Acilium Divus Severus, et Imperator Antoninus non audierunt incolorate restitui desiderantem adversus fratrem post speciem in auditorio eorum finitam.“ — Paulus

Fr. 38. pr. D. ej. tit.

„Movit etiam illud Imperatorem, quod priores tutores, qui non restitui desiderassent, suspecti pronuntiati erant.“ — Gegen die Rechtsſprüche der Procuratorum Caesaris konnte ausſchließlich nur der Imperator reſtituiren, nach Antonin

Const. 1. C. ubi et apud quem (2, 47.)

„Si quid à Procuratore meo judicatum est, id per in integrum restitutionem praesidis sententia non potest

rescindi Princeps enim solus contra sententiam Procuratorum suorum in integrum restituere solet.“

III. Nach dem neueſten Römiſchen Recht aber, namentlich nach Juſtinians

Const. 3. C. ubi et ap. quem (2, 47.)

änderte ſich die Sache. Wie? ſagt die Conſtitution: „Cum scimus esse dubitatum de restitutionibus, quae in integrum postulantur, sive tantummodo apud judicem, cui aliqua jurisdictio est, examinari eas oportet, sive apud pedaneos judices, sive eas minores viginti quinque annis petierunt, sive majores secundum quod anterioribus sanctionibus vel veteris juris vel nostris declaratum est: sancimus, non solum apud judices pro tribunali hujusmodi causae cognitionem proponi, sed etiam apud eos judices, quos Augustalis dederit majestas, aut nostrae reipublicae administratores, vel in hac regia urbe vel in provinciis: ut videatur ipse, qui judicem destinaverit, utpote pro tribunali cognoscens, in integrum dare restitutionem, et causas ejus examinare: sic etenim non difficilis erit causarum examinatio. Sed ne quis ita effuse intellectum nostrae constitutionis audeat esse trahendum, ut etiam apud compromissarios judices, vel arbitros ex communi sententia electos, vel apud eos, qui dantur à judicibus, qui propriam jurisdictionem non habent, sed tantummodo judicandi facultatem putet hujusmodi extendi sanctionem: hos tantum generaliter volumus tales causas dirimere, qui vel certae administrationi, cui et jurisdictio adhaeret, praepositi sunt, vel ab his fuerint dati, et multo magis si à nostra majestate delegata eis sit causarum audientia. Sed ne quis penitus dubitandum relinquatur, et hoc attentendum esse censemus, ut his tantum, quos supra enumeravimus, liceat de in integrum restitutione disceptare, sive hoc specialiter eis fuerit mandatum (quod et veteribus non fuerat incognitum) vel si generaliter dati sunt judices, vel in aliis speciebus inciderit quaedam quaestio restitutionis.“ — Faſſen wir nun das Ergebniß dieſer Conſtitution gehörig in's Auge (denn das Detail würde mich tief in die Römiſche Gerichtsverfaſſung hinein, und zu weit von dieſer Materie abführen), ſo iſt es offenbar Folgendes: Die Reſtitution

konnte bey jedem Gericht nachgeſucht werden, inſoferne nur das Gericht als eine Staatsbehörde angeſehen werden konnte, alſo bey keinem bloßen Municipalgerichte, nicht bey bloßen Schiedsrichtern, und nicht bey einem Richter, welcher keine Jurisdiction, ſondern bloß judicandi facultatem hatte, nicht bey einem judex pedaneus, an welchen die bloße Entſcheidung eines vorliegenden Falls verwieſen war. Man ſieht nun auch hier aus dieſer Conſtitution, wie ich übrigens hier nur im Vorbeygehen bemerken kann, wie ſehr die frühere Prätoriſche Verfaſſung noch auf die Gerichtsorganiſation zu Juſtinian's Zeit einwirkte. Nach dieſer Conſtitution war es daher nimmer nöthig, ſich der Reſtitution halber vorerſt an einen mit Jurisdiction verſehenen höhern Staatsbeamten zu halten, ſondern die Reſtitution konnte von dem zuſtändigen Gerichte ertheilt werden, nur die Commiſſarien des zuſtändigen Gerichts und Schiedsrichter machten hierin eine Ausnahme. Endlich finde ich aber auch in der Conſtitution des Papſtes Gregor IX.

cap. 9. X. de in integr. rest. (1, 41.)

„Causa restitutionis in integrum coram judicibus ordinariis administrationem habentibus, vel delegatis ab eis tractari poterit et finiri, sive hoc ipsis delegatis specialiter demandatum fuerit, sive in commisso eis negotio contingat incidere hujusmodi quaestionem. Delegati vero ab ordinariis, qui administrationem non habent, sed tantummodo facultatem judicandi, seu Arbitri de hac causa cognoscere nequeunt, nisi coram eis mota fuerit incidenter" — nichts Anderes und Weiteres als in der Juſtinianeiſchen Conſtitution, was ich auch dem

Gonzalez de Tellez Comment. in Decret. ad h. t. Tom. I. p. 933.

gerne zugebe. Nur enthält dieſe letztere Conſtitution offenbar eine Anwendung des Römiſchen Rechts auf geiſtlichen Gerichte, und da, wo man den Unterſchied zwiſchen Gerichten oder Richtern, welche zwar keine Jurisdiction, wohl aber judicandi facultatem haben, nimmer kennt, kann es natürlich auch keine Juſtiz-Commiſſionen, welche von Gerichten oder Richtern, welche bloß judicandi facultatem haben, ausgehen, nimmer geben. Daher jetzt

jedenfalls, und da auch Juſtiz-Commiſſionen, welche von den ordentlichen Gerichten ausgehen, jetzt nur noch einzelne Akte, z. B. Zeugenverhöre, Eidesabnahmen, keineswegs aber Entſcheidungen von Rechtsſachen übertragen werden können, was wenigſtens in allen Staaten der Fall iſt, wo den Gerichten verfaſſungsmäßige Unabhängigkeit zukommt, und Niemand ſeinem ordentlichen Richter entzogen werden kann, ſo läßt ſich in der That behaupten, daß die ordentlichen Gerichte, natürlich jedes innerhalb der Sphäre ſeiner Inſtanzen-Befugniß, Reſtitution ertheilen können. Auch ſcheint den Schiedsrichtern (arbitris) jetzt dieſe Befugniß nicht mehr abgeſprochen werden zu können, indem der Grund des Römiſchen Rechts, welcher aus einer rein poſitiven Beſtimmung deſſelben hervorgeht, jetzt nimmer anwendbar iſt.

Tit. 7.

De alienatione, judicii mutandi causas facta.

---

§. 473. u. 474. S. 54—64.

Daß dieſer Titel mit den vorhergehenden zuſammenhänge, und daß hier eigentlich auch von einer Art von Reſtitution die Rede iſt, gebe ich gerne zu. Nur müſſen wir die Sache ſelbſt noch etwas genauer in's Auge faſſen. Was es eigentlich mit dieſer alienatio für eine Bewandtniß habe? ſehen wir aus Gajus

Fr. 1. pr. D. h. t.

„Omnibus modis Proconſul id agit, ne cujus deterior cauſa fiat ex alieno facto. Et cum intelligeret judiciorum exitum interdum duriorem nobis conſtitui oppoſito nobis alio adverſario, in eam quoque rem proſpexit: ut ſi quis alienando rem alium nobis adverſarium ſuo loco ſubſtituerit, idque data opera in fraudem noſtram fecerit, tanti nobis in factum actione teneatur, quanti noſtra interſit, alium adverſarium nos non habuiſſe.“ — Nur müſſen wir hiemit die Stelle des Paulus

Fr. 8. §. 1. D. h. t.

„Ait Praetor: Quaeve alienatio judicii mutandi causa facta erit, id est, si futuri judicii causa, non ejus quod jam sit“ -- in Verbindung ſetzen. Darüber aber, was denn eigentlich ein judicium futurum im Gegenſatze gegen ein judicium quod jam sit oder est ſey, drücken ſich die Baſiliken

L. X. tit. 37. Fr. 8. (Ed. *Fabr.* Tom. I. p. 707. Ed. *Heimb.* Tom. I. p. 552.)

ganz beſtimmt aus, wenn ſie die „judicia futura“ „*δίκας οὐ μὴν ἤδη προκαταρχθείσας*“ die „judicia quae sunt“, alſo „*δίκας ἤδη προκαταρχθείσας*“ nennen, ein judicium futurum iſt alſo ein „judicium in quo nondum“ — ein judicium quod jam est — in quo jam lis contestata est (worüber ich jedoch auf die Bemerkungen zum 1ſten Titel des 5ten Buchs hinſichtlich der näheren Ausführung verweiſen muß). Hier genügt zu wiſſen, daß die alienatio judicii mutandi causa ſich lediglich auf diejenigen Rechtsſtreitigkeiten, in welchen noch keine Streiteinlaſſung Statt gefunden hat, beſchränkt. Es kann ferner keinem Anſtand unterliegen, daß die alienatio judicii mutandi causa lediglich nur auf körperliche, ſeyen es nun bewegliche oder unbewegliche Sachen, zu beſchränken iſt, wofür dann auch der Imperator Diocletian und Maximian

Const. 1. C. de alienat. jud. mut. causa facta (2, 55.)

ſpricht, indem ſie ausdrücklich eine „actionem in rem“ fordert. Den petitoriſchen Streitigkeiten werden jedoch die poſſeſſoriſchen in Beziehung auf dieſe Klage gleichgeſtellt, nach Ulpian

Fr. 4. §. 2. D. h. t.

„Pedius libro nono. Non solum ad domini(i) translationem hoc edictum pertinere ait, verum ad possessionis quoque; alioquin, cum quo in rem agebatur (inquit) si possessione cessit, non tenebitur.“ — Ausnahmsweiſe findet ſie jedoch auch bey den zu den unkörperlichen Sachen gehörigen dinglichen Dienſtbarkeiten Statt, nach Ulpian

Fr. 4. §. 4. D. h. t.

„Ad jura etiam praediorum hoc Edictum pertinet.“ — Von Forderungsrechten, welche an einen potentior abgetreten wurden, und hiedurch zu Verluſt giengen, handeln die

Const. 1. u. 2. C. ne liceat potent. (2, 14.)

Dieſe alienatio ſetzt ferner voraus, daß ſie abſichtlich und zwar in einer chicanöſen Abſicht geſchehen ſey (data opera in fraudem nostram). Die chicanöſe Abſicht aber kann nur darin gefunden werden, daß dem Kläger ein Gegner unterſchoben wird, welcher ihm in irgend einer Hinſicht unangenehm ſeyn müßte. Beyſpiele führen an Gajus

Fr. 1. §. 1. D. h. t.

„Itaque si alterius provinciae hominem, aut potentiorem nobis opposuerit adversarium, tenebitur.“

Fr. 3. pr. D. h. t.

„Quia etiam si cum eo, qui alterius provinciae sit, experiar, in illius provincia experiri debeo, et potentiori pares esse non possumus“ — und Ulpian

Fr. 2. h. tit.

„Aut alium, qui vexaturus sit adversarium.“ — Nun kann ich mir den alterius provinciae hominem des Gajus und den Chicaneur des Ulpian recht wohl gefallen laſſen. Allein was den potentior betrifft, ſo kann ich mich damit nicht vereinigen, denn der Römiſchen Rechtspflege macht dieſe Beſtimmung kein Compliment, und man kommt in Verſuchung zu glauben, daß aus den Römiſchen Gerichten das Anſehen der Perſon nicht verbannt geweſen ſey, was ſich auch wirklich, wenn man die näheren Verhältniſſe, wenigſtens der ſpäteren Zeit, genau in's Auge faßt, wohl erklären läßt. Einzig die Abſicht nun, dem Kläger einen ſolchen Gegner zu unterſchieben, welchen er ſich aus einem der obigen Gründe verbitten könnte, iſt dasjenige, was die alienatio zu einer alienatio j. m. c. macht. Ob daher der alienatio eine andere rechtswidrige Abſicht zu Grunde gelegen, iſt gleichgültig, entſcheidend iſt nur: ob gerade die Abſicht, dem Kläger einen andern ihm unangenehmen Gegner zu unterſchieben, zu Grunde gelegen? Hat daher auch Jemand, zwar in einer andern rechtswidrigen Abſicht, aber nicht in der j. m. c. eine alienatio vorgenommen, ſo kann hieraus noch nicht der Schluß gezogen werden, daß dieſe eine alienatio j. m. c. ſey, nach Ulpian

Fr. 4. §. 1. D. h. t.

„Itemque fieri potest, ut sine dolo malo quidem possidere desierit, verum judicii mutandi causa id fiat. Sunt

et alia complura talia. Potest autem aliquis dolo malo desinere possidere, nec tamen judicii mutandi causa fecisse, nec hoc edicto teneri: neque enim alienat, qui duntaxat omittit possessionem. Non tamen ejus factum improbat Praetor qui tanti habuit re carere, ne propter eam saepius litigaret. Haec enim verecunda cogitatio ejus, qui lites exsecratur, non est vituperanda: sed ejus duntaxat, qui cum rem habere vult, litem ad alium transfert, ut molestum adversarium pro se subjiciat.“ — Eine pſychologiſch richtige Bemerkung Ulpians aber iſt es, wenn er bemerkt, daß eine alienatio Desjenigen, welcher einer Sache halber ſchon öfters in Rechtsſtreite verwickelt worden iſt, und ſie deßwegen wegſchafft, um nur endlich einmal Ruhe zu erhalten, nicht als alienatio j. m. c. anzuſehen ſey, hier hatte der Prätor ſelbſt Einſehen. Das Gleiche war dann der Fall, wenn der frühere Beſitzer der Sache ſie wegen Kränklichkeit, vorgerücktem Alter, wenn gleich in der Abſicht einem Rechtsſtreit zu entgehen, veräußerte, nach Ulpian

Fr. 4. §. 3. D. h. t.

„Si quis autem ob valetudinem, aut aetatem, aut occupationes necessarias litem in alium transtulerit, in ea causa non est, ut hoc edicto teneatur: cum in hoc edicto doli mali fiat mentio. Caeterum erit interdictum et per procuratores litigare, dominio in eos plerumque ex justa causa translato.“ — Merkwürdig und ſehr bezeichnend iſt die Art, wie die Baſiliceu

L. X. tit. 37. Fr. 4. §. 3. (Ed. *Fabr.* Tom. I. p. 706. u. 707. Ed. *Heimb.* Tom. I. p. 551.)

dieſe Stelle geben:

„Οὐκ ἐνέχεται ὁ διὰ νόσου ἢ γῆρας μεταφέρων ἢ ἀναγκαίαν ἀσχολίαν, ἐπεὶ κωλυθήσεταί τις καὶ διὰ τοῦ ὡς ἐν ἰδίῳ πράγματι ἐντολέως δικάζεσθαι.“

„Non tenetur, qui ob morbum aut senectutem aut necessarias occupationes litem transfert: alioquin prohibebitur quis, et per quasi in rem suam Procuratorem litigare.“

Würde man nehmlich dieſes Edict zu weit ausdehnen, ſo müßte ſelbſt jede Vertretung durch einen Anwald weg-

fallen. Als eine ſolche alienatio kann es auch nicht angeſehen werden, wenn Jemand die Sache einem Andern als Erbſchaft oder Vermächtniß hinterlaſſen, nach Paulus

Fr. 8. §. 3. D. h. t.

„Haeredem instituendo vel legando, si quis alienet, huic Edicto locus non erit“ — oder im Wege der redhibitoriſchen Klage ſie veräußert hat, es wäre denn, daß er bloß aus dem Grunde des j. m. c. dieſe Klage angeſtellt hätte, nach Ebendemſelben

Fr. 8. §. 5. D. h. tit.

„Qui venditori sui redhibet, non videtur judicii mutandi causa alienare.“

Fr. 9. D. ej. tit.

„Quia, redhibito homine, omnia retro aguntur. Et ideo non videtur judicii mutandi causa alienare, qui redhibet, nisi si propter hoc ipsum redhibet, non redhibiturus aliâs.“ — Auch kann natürlicherweiſe von einer alienatio j. m. c. keine Rede mehr ſeyn, wenn der Veräußerer die Sache wieder an ſich gebracht hat, nach Paulus

Fr. 8. §. 4. D. h. t.

„Si quis alienaverit, deinde receperit, non tenebitur hoc edicto.“ — Für die Fälle einer ſolchen alienatio gibt nun der Prätor auf dem Wege der Reſtitution dem Kläger eine Klage, welche nach Gajus

Fr. 3. §. 4. D. h. t.

„Ex quibus apparet, quod Proconsul in integrum restiturum se pollicetur: ut hac actione officio tantum judicis consequatur actor, quantum ejus intersit, alium adversarium non habuisse: forte si quas impensas fecerit, aut si quam aliam incommoditatem passus erit, alio adversario substituto“ — den Zweck hat, denſelben für allen materiellen Nachtheil, welchen ihm die mutatio judicii verurſacht hatte, Entſchädigung zu leiſten. Ausdrücklich aber muß ich hier bemerken, daß unter den aliis incommoditatibus nur materielle Nachtheile zu verſtehen ſind, denn pſychiſche Unluſt kann natürlich, wenn ſie vielleicht auch, was wohl ſehr häufig der Fall iſt, den materiellen Nachtheil überwiegen ſollte, Niemand erſetzen. Durch dieſe Reſtitution und durch die in Folge derſelben ertheilte

Klage wollte alſo der Prätor den Kläger in die Lage verſetzen, als ob eine alienatio j. m. c. gar nicht vorgegangen ſeye. Dieſe Klage findet aber auch dann Statt, wenn der Beſitzer der Sache, etwa weil die Uſucapionsfriſt ſchon verſtrichen iſt, nicht mehr mit Wirkung belangt werden kann, nach Ulpian

Fr. 4. pr. D. h. t.

„Item si res fuerint usucaptae ab eo, cui alienatae sint, nec peti ab hoc possint: locum habet hoc edictum“ — dieß wäre alſo z. B. dann der Fall, wenn der Beſitzer, weil er im böſen Glauben war, die Sache nicht uſucapiren konnte, ſie an einen andern in gutem Glauben Befindlichen veräußert, und dieſer ſie uſucapirt hätte. Sie findet aber nicht Statt, wenn

a) der Beklagte der Veräußerung unerachtet ſich mit dem Kläger in den Rechtsſtreit in der Hauptſache einzulaſſen geſonnen iſt, nach Gajus

Fr. 5. §. 5. D. h. t.

„Quid ergo est, si is adversus quem talis actio competit, paratus sit utile judicium pati, perinde ac si possideret? Recte dicitur, denegandam esse adversus eum ex hoc edicto actionem.‘ — wogegen aber auch dem Kläger freiſteht, in einem ſolchen Falle entweder den Beſitzer der Sache oder den Veräußerer zu belangen, nach der Imperatoren Diocletian und Maximian

Const. 1. C. h. t. (2, 55.)

„Cum in rem actionem possessio pariat adversario alienatione etiam judicii mutandi causa celebrata, in integrum restitutio edicto perpetuo permittatur: intelligis, si rem, ne secum ageretur, qui possidebat, venundedit, et emptori tradidit, quem elegeris, conveniendi tibi tributam esse jure facultatem.“

b) Sie findet ferner nicht Statt, wenn der Kläger ſeinen Anſpruch in der Hauptſache nicht zu begründen vermag, oder

c) die Sache ohne Verſchuldung des Beſitzers der Sache untergegangen iſt. Im letztern Fall kann jedoch die Klage noch in Beziehung auf Dasjenige, was der

Kläger noch außer der Sache zu fordern hatte, z. B. Früchte, angeſtellt werden, nach Ulpian

Fr. 39. §. 4. D. h. t.

„Haec actio in id, quod interest, competit, proinde si res non fuit petitoris: aut si is, qui alienatus est, sine culpa decessit, cessat judicium: nisi si quid actoris praeterea interfuit.“ — Sie ſtand den Erben des Klägers, keineswegs aber gegen die Erben oder andere Rechtsnachfolger des Beklagten zu, nach Ulpian

Fr. 4. §. 6. D. h. t.

„Haec actio non est poenalis, sed rei persecutionem arbitrio judicis continet. Quare et haeredi dabitur: in haeredem autem“ — und Paulus

Fr. 5. D. h. t.

„Vel similem — non dabitur“ — denn daß unter dem Ausdrucke des Paulus „vel similem“ die übrigen Rechtsnachfolger außer den Erben zu verſtehen ſeyen, kann wohl keinem Zweifel unterliegen. Den Grund führt Gajus an

Fr. 7. D. h. t.

„Quia pertinet quidem ad rei persecutionem, videtur autem ex delicto dari.“ — Nun ſagt zwar Ulpian

Fr. 6. D. h. t.

„Vel post annum, non dabitur“ — und darin, daß Ulpian, welcher die Juſtinianeiſche Conſtitution in Beziehung auf das quadriennium (vgl. oben S. 213) nicht kannte, noch des annus nach allen Umſtänden utilis erwähnt, liegt allerdings noch kein Beweis, daß dieſe Verordnung nicht auch durch Juſtinian's o. a. Conſtitution in ein quadriennium verwandelt worden ſey. Allein darin, daß die Redactoren der Digeſten, welche die fragliche Conſtitution wohl kannten, und welche ſich in den Titeln von der Reſtitution der Minderjährigen und der Volljährigen wohl hüteten, diſpoſitive Stellen in Beziehung auf die frühere Verjährungsfriſt aufzunehmen, die fragliche Stelle Ulpians in die Digeſten aufgenommen haben, liegt für mich ein klarer Beweis, daß es bey dem früheren annus utilis, auch nach der Juſtinianeiſchen Conſtitution, ſein Bewenden hatte, und der Meinung des Verfaſſers §. 473. S. 56 u. 57, daß dieſer annus in ein quadriennium verwandelt worden ſey, vermag ich daher nicht beyzuſtimmen. — Gegen

ſolche, deren Vormünder oder Vermögens-Verwalter eine alienatio vorgenommen hatten, fand jedoch, da bey dieſen die Abſicht der mutatio judicii nicht angenommen werden konnte, eine actio utilis Statt, nach Ulpian

Fr. 10. §. 1. D. h. t.

„Si tutor pupilli vel adgnatus furioſi alienaverint, utilis actio competit, quia conſilium hujus fraudis inire non poſſunt“ — welcher aber die Pupillen durch die Reſtitution ſich entziehen konnten. Was aber derſelbe in Beziehung auf das perſönliche Vorrecht der Soldaten

Fr. 11. D. h. t.

erwähnt, kann ich hier füglich übergehen, bemerken aber muß ich, daß nach Marcian

Fr. 12. D. h. t.

„Si quis judicii communi dividundo evitandi cauſa rem alienaverit, ex lege Licinnia ei interdicitur, ne communi dividundo judicio experiatur: verbi gratia, ut potentior emptor per licitationem vilius eam accipiat, et per hoc iterum ipſe recipiat. Sed ipſe quidem, qui partem alienaverit, communi dividundo judicio ſi agere velit, non audietur. Is vero, qui emit, ſi experiri velit, ex illa parte edicti vetatur, qua cavetur, ne qua alienatio judicii mutandi cauſa fiat“ — nach einer Lex Licinnia oder Licenia, von welcher wir gar keine anderweitigen Nachrichten haben, derjenige, welcher j. m. cauſa ſeinen Antheil an einer gemeinſchaftlichen Sache an einen Andern, welchen er dem Kläger nicht als Beklagten aufdringen konnte, veräußert hatte, ſo wenig als der Letztere, die actio communi dividundo anſtellen konnte. Wenn endlich unſer Verfaſſer ſich für die heutige Anwendbarkeit dieſer Klage §. 474. S. 63 u. 65 mit vieler Wärme ausſpricht, ſo habe ich, da das Römiſche Recht einmal in ſolle aufgenommen iſt, keinen Grund, ihm zu widerſprechen.

Tit. 3.

De receptis, qui arbitrium receperunt, ut ſententiam dicant.

§§. 475—484. S. 65—105.

Was die vorliegende Materie betrifft, ſo muß ich es lediglich bey der Bemerkung belaſſen, daß das Inſtitut der Schiedsrichter nach Römiſchem Recht ein ganz anderes, dem Römiſchen Gerichtsorganismus an- und eingepaßtes Inſtitut war, und hievon kann auf Dasjenige, was man jetzt unter Schiedsrichtern verſteht, gar nicht geſchloſſen werden. Dieſes Inſtitut liegt aber jetzt, und das Romaniſiren hat ſeinen großen Antheil hieran im Argen. Soll es wieder erſtehen, ſo müſſen dießfalls geſetzliche Normen die Sache regeln, und man vergeſſe dann ja nicht, dieſes Inſtitut dem Gerichtsorganismus anzupaſſen, denn nur unter dieſer Bedingung wird es ſein Glück machen. Den von dem Verfaſſer S. 65. Anmerkung 29. angeführten Schriftſtellen habe ich übrigens noch in Beziehung auf den legislativen Geſichtspunkt beyzufügen:

W. H. Puchta, das Inſtitut der Schiedsrichter nach ſeinem heutigen Gebrauche und ſeiner Brauchbarkeit, für Abwendung und Verminderung der Proceſſe. Erlangen 1823.

Tit. 9.

Nautae, caupones ſtabularii, ut recepta reſtituant.

§§. 405. S. 106—108.

Ulpian berichtet uns

Fr. 1. pr. D. h. t.

„Ait Praetor: nautae, caupones, ſtabularii, quod cujusque ſalvum fore receperint, niſi reſtituent, in eos judicium dabo.“ — Wir ſehen hieraus, daß, was in unſerem

vorliegenden Titel enthalten iſt, dem Edicte des Prätors gleichfalls ſeinen Urſprung zu verdanken hat. Ehe wir nun zu dem materiellen Inhalt dieſes Edicts übergehen, müſſen wir vor allen Dingen die Subjecte, welche es zunächſt im Auge hat, genauer betrachten. Unter einem nauta verſtand nun dieſes Edict nach Ulpian

Fr. 1. §§. 2—4. D. h. t.

„Qui sunt igitur, qui teneantur, videndum est. Ait Praetor, nautae. Nautam accipere debemus eum, qui navem exercet: quamvis nautae appellantur omnes, qui navis navigandae causa in nave sint. Sed de exercitore solummodo Praetor sentit: nec enim debet (inquit Pomponius) per remigem, aut mesonautam obligari: sed per se, vel per navis magistrum: quamquam si ipse alicui è nautis committi jussit, sine dubio debeat obligari. §. 3. Et sunt quidam in navibus qui custodiae gratia navibus praeponuntur, ut ναυφύλακες, (i. e. navium custodes) et dietarii. Si quis igitur ex his receperit, puto in exercitorem dandam actionem: quia is, qui eos hujusmodi officio praeponit, committi eis permittit: quamquam ipse navicularius vel magister id faciat quod χειρέμβολον, (i. e. manus immissionem appellant), sed et si hoc non extet, tamen de recepto navicularius tenebitur. §. 4. De exercitoribus ratium, item lintrariis nihil cavetur, sed idem constitui oportere, Labeo scribit, et hoc jure utimur.“ — Das lateiniſche Wort nauta entſpricht nehmlich inſoferne dem deutſchen Worte „Schiffer", als es im allgemeinſten und weiteſten Sinne des Worts Jeden, der Schiffens halber ſich in einem Schiffe befindet, bezeichnet. In dieſem weiteren Sinne des Worts iſt jedoch das Wort nauta in unſerem Edicte nicht zu nehmen. Dieſes Wort bezeichnet nehmlich hier zunächſt Denjenigen, welcher die Schifffahrt als Gewerbe betreibt, „qui navem exercet“, d. h. den Schiffsherrn, Schiffs-Rheder, Schiffscapitän oder Schiffspatron. Durch einen ſeiner untergeordneten Diener, Bootsknechte, Matroſen, kann derſelbe nicht verbindlich gemacht werden. Hat aber der Schiffsherr einem derſelben die Aufnahme der Fremden übertragen, ſo haftet er für dieſen. Dem eigentlichen Schiffsherrn werden Diejenigen beygezählt, welche mit kleinern

Kähnen oder Nachen und Flößen ein eigentliches Gewerbe treiben. Unter den cauponibus aber ſind ſolche, welche die Beherbergung von Gäſten als Gewerbe treiben, zu verſtehen, denn caupo ſtammt von caupona, ehmals copona, nach Feſtus

De V. S. ad h. v.

„taberna à copiis“ — dem Vorrath an Speiſen und Getränken — dicta, her. Stabularii aber ſind Diejenigen, welche Zug- oder Tragvieh in ihre Ställe aufnehmen, und hiemit ein Gewerbe treiben, nach Ulpian

Fr. 1. §. 5. D. h. t.

„Caupones autem, et stabularios aeque eos accipiemus, qui cauponam, vel stabulum exercent, institoresve eorum. Caeterum ſi qui opera mediastini fungitur, non continetur: utputa atriarii, et vocarii et his similes“ — die Domeſtiken derſelben haften nicht, hieher gehören nun Hausknechte, denn etwas Anderes als dieſes kann ich mir unter dem mediastinus, welchen Ulpian in dem

Fr. 15. §. 44. D. de injur. (47, 10.)

auch im Gegenſatze gegen den ordinarius vulgaris nennt, nicht denken, er war eben, wie auch Briſſon

de V. S. Ed. *Heineccii*. Halae Magdeb. 1743. p. 809.

richtig bemerkt, ein Domeſtike, welcher keine beſtimmte Beſchäftigung hatte, was auch jetzt bey den ſogenannten Hausknechten der Fall iſt. Unter den atriariis auch atrienſibus können nach Briſſon

l. s. c. p. 111.

unſere jetzigen Portiers, Thürhüter, unter den focariis aber das niedere Küchenperſonal verſtanden werden. Wenn nun unſer Verfaſſer S. 107 bemerkt, daß man unter den cauponibus bloß die Gaſtwirthe verſtehen, Schenk- und Speiſewirthe, Billardeurs und dergleichen aber hierunter nicht begreifen könne, ſo muß ich nur bemerken, daß, da jetzt (was unter der Römiſchen Verfaſſung, unter welcher, allen Anzeigen nach, volle Gewerbsfreiheit beſtand, nicht der Fall war) die Wirthſchaftsgerechtigkeiten bald ausgedehnter, bald beſchränkter ſind, die Schenk- und Gaſſen-Wirthe, wenn ſie in Ueberſchreitung ihrer Befugniſſe dennoch Fremde beherbergen, ſchon deßwegen auch gleich den Gaſtwirthen zu haften haben. — Ferner iſt nun zwar

ganz

ganz richtig, daß Schenk- und Speiſewirthe, Billardeurs ꝛc. ſchon deßwegen, weil ſie Niemand beherbergen ſollen, nicht leicht in dieſen Fall kommen können, auf der andern Seite aber iſt nicht zu mißkennen, daß man auch in dergleichen Häuſern gewiſſe Sachen mitbringt, welche dort aufbewahrt werden müſſen, z. B. Hüte, Mäntel, Regenſchirme, Stöcke ꝛc. und in Beziehung auf dieſe Sachen haften ſie doch gleich den Gaſtwirthen. Hiefür bürgt dann auch die Analogie Ulpians zwiſchen den eigentlichen Schiffspatronen und denjenigen, welche bloß mit Nachen und Flößen ein ähnliches Gewerbe treiben.

§§. 486. u. 487. S. 108—113.

Wir wollen nun vor allen Dingen hier die actio de recepto in's Auge faſſen. Von dieſer als einer actio praetoria handelt nun Ulpian

Fr. 1. §§. 6—8. D. h. t.

„Ait Praetor, quod cujus salvum fore receperint: hoc est, quamcunque rem, sive mercem receperint. Inde apud Vivianum relatum est, ad eas quoque res hoc edictum pertinere, quae mercibus accederent: veluti vestimenta, quibus in navibus uterentur, et caetera, quae ad quotidianum usum habemus. §. 7. Idem Pomponius libro XXXIV. scribit, parvi referre, res nostras, an alienas intulimus, si tamen nostra intersit, salvas esse: etenim nobis magis, quam quorum sunt, debent solvi: et ideo si pignori merces accepero ob pecuniam nauticam, mihi magis quam debitori nauta tenebitur, si ante eas suscepit. §. 8. Recipit autem salvum fore, utrum si in navem res missae, ei adsignatae sunt, an, et si non sint adsignatae, hoc tamen ipso, quod in navem missae sunt, receptae videntur? Et puto, omnium eum recipere custodiam, quae in navem illatae sunt, et factum non solum nautarum praestare debere, sed et vectorum“ — und Gajus

Fr. 2. D. h. t.

„Sicut et caupo viatorum.“ — Ulpian

Fr. 3. D. h. t.

„Et ita de facto vectorum etiam Pomponius lib. XXXIV scribit. Idem ait, etiam si nondum sint res in navem

receptae, sed in litore perierint, quas semel recepit: periculum ad eum pertinere. §. 1. Ait Praetor, nisi restituent, in eos judicium dabo. Ex hoc edicto in factum actio proficiscitur. Sed, an sit necessaria, videndum: quia agi civili actione ex hac causa poterit, si quidem merces intervenerit, ex locato vel conducto: sed si tota navis locata sit: qui conduxit, ex conducto etiam de rebus, quae desunt, agere potest; si vero res perferendas nauta conduxit, ex locato convenietur, sed si gratis res susceptae sint, ait Pomponius depositi agi potuisse. Miratur igitur, cur honoraria actio sit inducta, cum sint civiles. Nisi forte (inquit) ideo, ut innotesceret Praetor curam agere reprimendae improbitatis hoc genus hominum, et quia in locato conducto culpa, in deposito dolus duntaxat praestatur: at hoc edicto omnimodo, qui recepit, tenetur, etiam si sine culpa ejus res periit, vel damnum datum est, nisi si quid damno fatali contingit. Inde Labeo scribit: si quid naufragio, aut per vim piratarum perierit, non esse iniquum, exceptionem ei dari. Idem erit dicendum, et si in stabulo, aut in caupona vis major contigerit. §. 2. Eodem modo tenentur caupones, et stabularii, quo exercentes negotium suum recipiunt: caeterum si extra negotium receperint, non tenebuntur. §. 3. Si filiusfamilias aut servus receperit, et voluntas patris, domini intervenit: in solidum erit conveniendus. Item si servus exercitoris subripuit vel damnum dedit, noxalis actio cessabit: quia ob receptum suo nomine dominus convenitur. Sin vero sine voluntate exerceant, de peculio dabitur. §. 4. Haec autem rei persecutionem continet, ut Pomponius ait: et ideo et in haeredem, et perpetuo dabitur. §. 5. Novissime videndum, an ejusdem rei nomine et de recepto honoraria actione, et furti agendum sit: et Pomponius dubitat. Sed magis est, ut vel officio judicis, vel doli exceptione, alterutra esse contentus debeat." — Wir ſehen nun aus dieſen Fragmenten, daß dieſe actio

a) aus dem Edicte des Prätors herrührt, Fr. 1. §. 1.

b) daß ſie zunächſt nur auf den einfachen Betrag gerichtet iſt (rei persecutionem continet) Fr. 3. §. 4.

c) daß ſie auch den Erben und gegen die Erben der nautarum, cauponarum, stabulariorum zuſteht. Fr. 3. §. 4.

d) daß ſie eine actio perpetua iſt, d. h. zu denjenigen Klagen gehört, welche ſich nach den Theodoſianiſchen und Juſtinianeiſchen Conſtitutionen (worüber meine Schrift:

Die Usucapio und Praescriptio des Römiſchen Rechts. Stuttg. 1832. §§. 112. u. 121. S. 240. ff. 265. ff.

zu vergleichen iſt) erſt nach 30 Jahren verjährt. Der Grund aber, warum ſie als actio praetoria nicht eine actio annalis, ſondern eine perpetua iſt, liegt, wie uns Gajus

L. IV. §. 111.

berichtet: Aliquando tamen *praetoriae actiones* imitantur jus legitimum: quales sunt eae quas *bonorum possessoribus* ceterisque, *qui* heredis loco sunt, *accommodat*. Furti quoque manifesti actio, quamvis ex ipsius Praetoris jurisdictione proficiscatur, perpetuo datur: et merito, cum pro capitali poena pecuniaria constituta sit" — darin, weil der Prätor dieſe actio offenbar nur der actio locati conducti, depositi nachgebildet, beziehungsweiſe dieſe Klagen hiedurch erweitert und ausgedehnt hatte. Fr. 3. §. 4.

e) Daß ſie ohne alle Rückſicht auf etwaigen dolus oder culpa der nautarum, cauponum und stabulariorum Statt findet, und nur durch ganz ungewöhnliche Zufälle, Schiffbruch, Beraubung durch Seeräuber, auch gewaltſame nächtliche Einbrüche ausgeſchloſſen wird. Fr. 3. §. 2.

f) Haben die nautae caupones und stabularii für alle ihre Leute, insbeſondere alſo auch für ihr Geſinde, namentlich ihre Sklaven, Hausſöhne (Fr. 1. §. 8. u. Fr. 3. pr. u. §. 3.) für Alle, welche ſie in das Fahrzeug aufgenommen haben, ja ſelbſt der caupo für die bloßen viatores Fr. 2. d. h. für bloße Durchreiſende einzuſtehen.

g) Dieſe Klage können aber nur Diejenigen anſtellen, welche die nautae, caupones, stabularii, vermöge ihres Gewerbs aufgenommen haben, keineswegs aber ſolche, quos extra negotium receperunt Fr. 3. §. 2. d. h. ſolche, welche ſie unentgeltlich aufgenommen. — Außer dieſer actio de recepto gibt es aber noch zwey weitere, gleichfalls präto-

riſche Klagen, welche aber von der actio de recepto ſehr verſchieden ſind, nehmlich:

a) die actio in factum damni injuria dati, und

b) die actio furti. Von der erſteren handeln Paulus

Fr. 6. D. h. t.

„Licet gratis navigaveris, vel in caupona gratis diverteris: non tamen in factum actiones tibi denegabuntur, si damnum injuria passus es. §. 1. Si servo meo nave, vel in caupona utaris, et damnum mihi det, vel furtum faciat: quamquam et furti actio et damni injuria mecum sit: haec tamen actio, quia in factum est, etiam servi mei nomine adversus te competet. Idem dicetur, et si communis sit. Tu tamen, quod mihi praestiteris ejus nomine, vel communi dividundo, vel pro socio actione, aut si partem ejus, vel totum conduxisti etiam ex conducto habebis me obligatum. §. 2. Sed si damnum in eo datum sit ab alio, qui in eadem nave, vel caupona est, cujus factum Praetor aestimare solet: non putat Pomponius ejus nomine hanc actionem utilem futuram. §. 3. In factum actione caupo tenetur pro his, qui habitandi causa in caupona sunt: hoc autem non pertinet ad eum, qui hospitio repentino recipitur, veluti viator. §. 4. Possumus autem furti, vel damni injuriae actione uti cum nautis, ut certi hominis factum arguamus, sed una contenti esse debebimus. Et si cum exercitore egerimus, praestare ei debemus actiones nostras: quamvis ex conducto actio adversus eos competat exercitori. Sed si absolutus sit exercitor hac actione, deinde agatur cum nauta, exceptio dabitur: ne saepius de ejusdem hominis admisso quaeratur. Et contra si de admisso unius hominis actum sit, deinde in factum actione agatur, exceptio dabitur.“ — und Ulpian

Fr. 7. D. h. t.

„Debet exercitor omnium nautarum suorum, sive liberi, sive servi, factum praestare: nec immerito factum eorum praestat, cum ipse eos suo periculo adhibuerit. Sed non alias praestat, quam si in ipsa nave damnum datum sit: caeterum si extra navem, licet à nautis, non praestabit. Item si praedixerit, ut unusquisque vectorum res suas servet, neque damnum se praestaturum, et consenserint

vectores praedictioni: non convenitur. §. 1. Haec actio in factum, in duplum est. §. 2. Sed si quid nautae inter se damni dederint, hoc ad exercitorem non pertinet. Sed si quis sit nauta, et mercator, debebit illi dari. Quod si quis, quos vulgo ναυτεπιβάτας (id est, remum pro naulo, et vecturae pretio solventes) dicunt, et huic tenebitur, sed hujus factum praestat, cum sit et nauta. §. 3. Si servus nautae damnum dederit, licet servus nauta non sit, aequissimum erit, in exercitorem actionem utilem dare. §. 4. Hac autem actione suo nomine exercitor tenetur, culpae scilicet suae, qui tales adhibuit, et ideo, et si decesserint, non relevabitur. Servorum autem suorum nomine, noxali duntaxat tenetur: nam cum alienos adhibet explorare eum oportet, cujus fidei, cujus innocentiae sint: in suis venia dignus est, si tales quales ad instruendam navem adhibuerit. §. 5. Si plures navem exerceant: unusquisque pro parte, qua navem exercet, convenitur. §. 6. Haec judicia, quamvis honoraria sint, tamen perpetua sunt: in haeredem autem non dabuntur. Proinde, et si servus navem exercuit, et mortuus est, de peculio non dabitur actio in dominum, nec intra annum. Sed cum voluntate patris vel domini servus, vel filius exercent navem, vel cauponam, vel stabulum: puto etiam hanc actionem in solidum eos pati debere, quasi omnia, quae ibi contingunt, in solidum receperint." — Von der Letzteren handelt Ulpian

Fr. un. D. furti adv. naut. (47, 5.)

„In eos, qui naves, caupones, stabula exercebunt, si quod à quoquo eorum, quosve ibi habebunt, furtum factum esse dicetur, judicium datur, sive furtum ope, consilio exercitoris factum sit, sive eorum cujus, qui in ea navi navigandi causa esset. §. 1. Navigandi autem causa accipere debemus eos, qui adhibentur, ut navis naviget, hoc est, nautas. §. 2. Et est in duplum actio. §. 3. Cum enim in caupona, vel in navi res perit, ex edicto Praetoris obligatur exercitor navis, vel caupo: ita ut in potestate sit ejus, cui res subrepta sit, utrum mallet cum exercitore honorario jure, an cum fure jure civili experiri. §. 4. Quod si receperit salvum fore

caupo, vel nauta: ſurti actionem non dominus rei subreptae, sed ipse habet, qui recipiendo periculum custodiae subiit. §. 5. Servi vero sui nomine exercitor, noxae dedendo, se liberat: cur ergo non exercitor condemnetur, qui servum tam malum in nave admisit? et cur liberi quidem hominis nomine tenetur in solidum, servi vero non tenetur? nisi forte idcirco, quod liberum quidem hominem adhibens statuere debuit de eo, qualis esset, in servo vero suo ignoscendum sit ei, quasi in domestico malo, si noxae dedere paratus sit. Si autem alienum adhibuit servum, quasi in libero tenebitur. §. 6. Caupo praestat ſactum eorum, qui in ea caupona ejus cauponae exercendae causa ibi sunt, item eorum, qui habitandi causa ibi sunt. Viatorum autem ſactum non praestat: namque viatorem sibi eligere caupo vel stabularius non videtur, nec repellere potest iter agentes: inhabitatores vero perpetuos ipse quodammodo elegit, qui non rejecit, quorum ſactum oportet eum praestare. In navi quoque vectorum ſactum non praestatur." — Dieſe beyden Klagen haben nun mit der actio de recepto das gemein, daß ſie

zu a) wie dieſe aus dem Edict des Prätors entſtanden ſind (Fr. 7. §. 1. D. h. t. Fr. un. §. 3.) Furt. adv. naut. — Sie unterſcheiden ſich aber von denſelben

zu b) darin, daß beyde auf den gedoppelten Betrag der beſchädigten oder entwendeten Sache gehen. Fr. 7. §. 1. D. h. t. Fr. un. §. 2. Furt. adv. naut.

zu c) daß ſie zwar den Erben des Beſchädigten, aber nicht gegen die Erben der nautarum, cauponum und stabulariorum zuſtehen (Fr. 7. §. 6. D. h. t.), denn die Worte: „Haec judicia" können dem ganzen Zuſammenhange nach nur auf die actiones in ſactum und ſurti bezogen werden. Dagegen iſt

d) zwiſchen ihnen und der actio de recepto hinſichtlich der Verjährungsfriſt kein Unterſchied. Fr. 7. §. 6. D. h. t. — Denn auch ſie ſind ja civilibus actionibus, nehmlich der actio ſurti et ex Lege Aquilia nachgebildet.

Zu e) aber muß, um die letzteren beyden Klagen anſtellen zu können, eine beſtimmte Beſchädigung oder Entwendung, und zwar eines beſtimmten Subjects nachge-

wieſen, und die betreffende Klage gegen Letzteres muß dem nauta, caupo oder stabularius abgetreten werden, auch kann, wenn die Letzteren belangt worden ſind, derjenige, welcher den Schaden zunächſt verurſacht hat, auf keinen Fall mehr belangt werden, wie dann auch, wenn der Beſchädiger oder Dieb zunächſt belangt worden iſt, die vorliegenden Klagen gegen die nautas, caupones und stabularios nicht mehr angeſtellt werden können, Fr. 6. §. 4. D. h. t. Fr. un. §§. 3. u. 4. Furt. adv. naut.

Zu f) Haften die nautae caupones und stabularii nicht für die Beſchädigungen und Entwendungen ihrer eigenen Sklaven, denn in Beziehung auf dieſe ſteht dem Beſchädigten nur die Noxalklage zu, Fr. 7. §. 4. D. h. t. Fr. un. §. 5. Furt. adv. naut. Es haften ferner die caupones nicht für die bloßen viatores, Fr. 6. §. 3. D. h. t. Fr. un. §. 6. D. Furt. adv. naut., und

zu g) können auch Diejenigen, welche die nautae caupones und stabularii nicht in Folge ihres Gewerbes, ſondern bloß unentgeltlich aufgenommen haben, die genannten beyden Klagen anſtellen (Fr. 6. pr. D. h. t.), denn unter dem Ausdrucke in factum actiones iſt gewiß auch die actio furti, welche ja hier eigentlich auch nur eine actio in factum war, verſtanden. — Endlich aber gleichen ſich ſämmtliche Klagen noch darin:

a) daß ſie nicht mit einander cumulirt werden können, und daß, wenn einmal eine angeſtellt worden, die andere nicht mehr angeſtellt werden kann, nach Ulpian

Fr. 3. §. 5. D. h. t.
Fr. 6. §. 4. D. h. t. Fr. un. §. 4. D. Furt. a. n.

b) daß die nautae, caupones, stabularii dann nicht haften, wenn ſie erklärt haben, daß ſie dem Fremden für keinen Schaden haften. Zwar könnte man die Frage: ob ſich Ulpians o. a.

Fr. 7. pr. D. h. t.

auch auf die actio de recepto beziehe? inſoferne für eine zweifelhafte halten, als dieſe Stelle zunächſt nur von den beyden Pönalklagen handelt, denn von der actio de recepto handelt Ulpian, wie wir aus dem

Fr. 1. u. 3. D. h. t.

und deren Ueberſchriften erſehen, in dem L. XIV ad Edictum, während er, wie aus der Ueberſchrift zu unſerer

Stelle zu erſehen, in dem L. XVIII ad Edictum von der damni injuria dati, und wie aus der Ueberſchrift zu dem

Fr. un. D. Furti adv. naut. (47, 2.)

hervorgeht, von der actio furti erſt L. XXXVIII ad Edictum handelt. Ich kann jedoch nicht zweifeln, daß ſich dieſe Stelle auf alle drey Klagen beziehe, und daſſelbe iſt der Fall

c) bey der Stelle Ulpians

Fr. 7. §. 5. D. h. t.

denn dieſe Stelle iſt wohl auch auf ſämmtliche drey Klagen zu beziehen. Eben ſo iſt es

d) als etwas auf alle drey Klagen ſich Beziehendes anzuſehen, was Paulus

Fr. 4. §. 1. D. h. t.

bemerkt;

e) haften die Schiffsherrn nicht für Beſchädigungen der nautarum unter ſich, es wäre denn unter den vectoribus einer, welcher ſtatt des Lohns die Dienſte eines nauta verſieht, ναυτεπιβάτης heißt nichts, als ναύτης und ἐπιβάτης — nauta et vector, Fr. 7. §. 2. D. h. t.

f) Iſt es wohl als etwas auf alle drey Klagen Anwendbares unzweifelhaft anzuſehen, daß wenn der Hausſohn eines der fraglichen Gewerbe mit Einwilligung ſeines Vaters treibt, Letzterer in solidum, wenn er aber ohne Einwilligung deſſelben es betreibt, nur peculiotenus, d. h. inſoweit der Erwerb des Sohnes aus dem fraglichen Gewerbe zureicht, haftet, nach Ulpian

Fr. 3. §. 3. D. h. t.

und

Fr. 7. §. 5. D. h. t.

Erſt jetzt und nachdem ich die verſchiedenen prätoriſchen Klagen in ihrem Zuſammenhange abgehandelt habe, kann ich zur Erläuterung der einzelnen §§. des Verfaſſers übergehen.

§. 489. S. 115—116.

Daß keine der prätoriſchen Klagen dann Statt finde, wenn der caupo etc. ſich gegen jeden Schadenerſatz ausdrücklich verwahrt hat, habe ich bereits oben S. 279 zugegeben, und die Worte Ulpians „et consenserint vectores“

oder „viatores praedictioni“ kann ich nur auf eine stillſchweigende, nicht aber auf eine ausdrückliche Einwilligung beziehen. Es läßt ſich daher nicht behaupten, daß wenn der Wirth eine ſolche Verwahrung eingelegt, der Fremde aber doch und ohne ſich darüber zu äußern, in dem Gaſthof verblieben, ihm der Wirth ſeiner Verwahrung unerachtet doch hafte, weil er nicht ausdrücklich ſich gegen dieſelbe verwahrt hat, ſondern als Conſentient iſt der Fremde, wie auch unſer Verfaſſer richtig bemerkt, ſchon dann anzuſehen, wenn er den Gaſthof, der Verwahrung des Wirths unerachtet, bezieht oder nicht verläßt. Uebrigens gibt es auch theilweiſe Verwahrungen, wie man z. B. öfters in Gaſthöfen Anſchlagzettel findet, worin man erſucht wird, Koffer- und Kommode-Schlüſſel abzuziehen, nichts Unverſchloſſenes von Werth in den Zimmern liegen zu laſſen, Nachts den Zimmerſchlüſſel abzuziehen ꝛc. Daß übrigens die Uebergabe der Zimmerſchlüſſel an den Fremden an ſich noch keine Verwahrung enthalte, hat gleichfalls der Verfaſſer richtig bemerkt; nur zwey Hauptgründe will ich noch anführen, nehmlich 1) daß ja doch jeder Fremde, welcher ein Zimmer bezieht, einen Schlüſſel hiezu haben muß, wenn er nicht ſein Zimmer immer offen ſtehen laſſen will; und 2) daß ja das Zimmer des Fremden immer, z. B. Bettmachens halber ꝛc. durch einen Hauptſchlüſſel geöffnet werden kann. Daß die Verwahrung des Wirths übrigens rückwärts, d. h. in Beziehung auf diejenigen Fälle, für welche er bereits verbindlich geworden iſt, keineswegs bezogen werden könne, liegt ſchon in der Natur der Sache.

§. 491. S. 121—124.

Daß der Wirth für Alles, was in den Gaſthof von den Fremden eingebracht worden iſt, gleichviel, ob ihm die Sachen namentlich angegeben worden ſind oder nicht, hafte, dafür ſpricht ſchon das oben S. 273 abgedruckte

Fr. 1. §. 8. D. h. t.

welches die res non adsignatas den adsignatis gleichſtellt. Es iſt daher nicht nöthig, daß der Fremde dem Wirth den Werth ſeiner Koffer und übrigen Gepäcks genau bezeichne, es iſt dieß auch nicht gewöhnlich, aber wer es doch thut, handelt ſehr vorſichtig. Denn der Rechtsſchutz, welchen

das Geſetz den Fremden angedeihen läßt, ſollte doch die Wirthe nicht ihrer Chicane und ihren Betrügereien Preis geben, und ſo die Wirthe gegenüber von den Fremden in einen Zuſtand der Rechtloſigkeit verſetzen. Ich gebe daher dem Verfaſſer zu, daß der Fremde, wenn er ſich nicht über die von ihm eingebrachten Sachen eine Beſcheinigung ausſtellen ließ, den Beweis, daß er die fraglichen Sachen eingebracht, zu führen habe. — Hat er aber auch den Verluſt, welchen er erlitten zu haben behauptet, zu erweiſen? Z. B. daß 4000 fl. in einer Chatulle befindlich waren, iſt erwieſen, daß in derſelben nur noch 2000 fl. ſind, iſt augenfällig. Nun behauptet aber der Wirth, der Fremde ſelbſt habe jene 2000 fl. aus der Chatulle genommen, und fordere ſie jetzt betrügeriſcherweiſe an ihn. Muß hier der Wirth, daß der Fremde ſie ſelbſt aus der Chatulle genommen, oder der Fremde, daß er ſie nicht ſelbſt herausgenommen habe, und den Wirth nur prellen wolle, erweiſen? — Schon aus der Frageſtellung ſollte hervorgehen, daß der Wirth dieſen Beweis führen müſſe. Ueberhaupt aber muß ich hier unter Beziehung auf das oben S. 274 abgedruckte Fr. 3. §. 2. D. h. t. bemerken, daß bey der actio de recepto bloß der Thatumſtand, daß das Eingebrachte nimmer vorhanden iſt, entſcheidet, und von dem dolus oder culpa des cauponis etc. nicht die Rede ſeyn kann, denn nur bey den beyden andern Klagen iſt eine beſtimmte, von einem beſtimmten Subject ausgegangene Beſchädigung nachzuweiſen, wonach nun auch die Darſtellung des Verfaſſers S. 123 zu berichtigen iſt.

§. 493. S. 126—134.

Was die Poſtmeiſter betrifft, ſo ſind dießfalls die einzelnen Landesgeſetze zu vergleichen. Hinſichtlich der Frachtfuhrleute aber ſtimme ich mit dem Verfaſſer überein. Ob nun das Edict des Prätors auch noch jetzt anwendbar ſey? iſt eine Frage, welche der Verfaſſer ſchon in den

§§. 486 u. 487. S. 111—113.

unterſucht hat, und ich habe nicht den mindeſten Zweifel, daß die actio de recepto auch jetzt noch anwendbar iſt. Eine Ausnahme von dieſer Regel würde auch nur dann Statt finden, wenn ſie durch einzelne Landesgeſetze aufge-

hoben wäre, ſo wie ſich auch von ſelbſt verſteht, daß wo einzelne Modalitäten derſelben durch die einzelnen Landesgeſetze beſtimmt ſind, dieſe beachtet werden müſſen. Ob aber die beyden Pönalklagen noch Statt finden? wird lediglich von der Frage abhängen: ob die einzelnen Landesgeſetze überhaupt noch Pönalklagen anerkennen? Zum Schluß aber muß ich noch eine Frage, nehmlich die erörtern: ob der Wirth verbunden ſey, Gäſte bey ſich aufzunehmen? Die Quellen für die Beantwortung dieſer Frage ſind das oben S. 271 abgedruckte Fr. 1. §. 1. D. h. t., welches entſchieden von der actio de recepto, das oben S. 278 abgedruckte Fr. 6. §. 3., welches von der actio in factum damni injuria dati, und das oben S. 278 abgedruckte Fr. un. §. 6. D. Furt. a. n., und ich will hier nur bemerken, daß zu der letzteren Stelle die Baſilicen

L. LX. tit. 14. Fr. 1. §. 6. (Ed. *Fabr.* Tom. VII. p. 382.)

beyſetzen: „οὐ γὰρ αὐτοὺς (τουτ' ἐστὶ παροδευόντας) ἀπωθεῖσθαι δύναται ὁ πανδοχεὺς“ — „nec enim eos caupona repellere potest.“ Auf dieſe Frage hat ſich nun auch der Verfaſſer S. 112. Anm. 22 eingelaſſen. Die beyden letzteren Fragmente legen nun dem caupo die Verbindlichkeit, durchreiſende Fremde bey ſich aufzunehmen, unbedingt auf, und nur den längeren Aufenthalt erlauben ſie ihm zu verweigern. Eben deßwegen aber ſprechen ſie ihn von den actionibus in factum gegenüber von den bloßen viatoribus frey. Dagegen aber vertheidigt Ulpian die actio de recepto gerade aus dem Grunde, weil ja der caupo die Leute abweiſen könne, und mittelſt der actio de recepto haftet nun der Wirth auch für den viator, vgl. das oben S. 278 abgedruckte Fr. 2. D. h. t. Ich kann daher auch die Worte Ulpians „in ipsorum arbitrio est, ne quem recipiant“ nur ſo verſtehen: das Treiben des Wirthſchaftsgewerbes liegt ja in ihrer Willkür, und hiezu können ſie nicht gezwungen werden. Treiben ſie aber Wirthſchaft, ſo liegt es nicht mehr in ihrer Macht, durchreiſende Fremde abzuweiſen. Nur längeren Aufenthalt ihnen zu geſtatten, ſind ſie nicht ſchuldig. Mit der Meinung des

Kämmerer, de necessitate, ut putant, cauponum viatores recipiendi (in deſſen Observ. I. C. Rostoch. 1827 p. 117—134. Eine ſo ziemlich vollſtändige Literatur hierüber findet ſich p. 117—120.)

wonach der caupo keine Verbindlichkeit habe, Gäſte bey ſich aufzunehmen, die bereits aufgenommenen aber nicht wider ihren Willen entfernen könne, kann ich mich nicht vereinigen. Auch hat dieſe Anſicht den Beyfall ſeiner Recenſenten

Huſchke, in der kritiſchen Zeitſchrift für Rechtswiſſenſchaft. III. Band. Tübingen 1827. S. 23—27.

und

Schröter, in den Jahrbüchern der juriſtiſchen Literatur. II. Band S. 8 ff.

nicht erhalten, und die richtige Anſicht hat

Guyet, über die Verpflichtung des Gaſtwirths zur Aufnahme der Reiſenden (im Archiv für die civiliſt. Praxis. XVII. Bd. Heidelberg 1834 S. 41—52).

Dieſe Anſicht nun, welche auch ich, wie ich ſchon oben bemerkte, mit aller Ueberzeugung theile, und welche zwiſchen den bloß Durchreiſenden und andern Fremden unterſcheidet, aber wird ſich, wenn man, wie von mir geſchehen, zwiſchen der actio de recepto und den beyden actionibus in factum und furti unterſcheidet, noch mehr bewähren. Immer aber werden die Römiſchen Geſetze etwas lückenhaft bleiben, denn für unſere gegenwärtigen Verhältniſſe ſind ſie nicht berechnet. Wie iſt es mit einem Wirthe zu halten, welcher ein abgelegenes Bad beſitzt, deſſen Beſucher alſo in ſeinem Gaſthof zu wohnen genöthigt ſind, ſollte auch dieſer diejenigen Kurgäſte, welche bey ihm zu wohnen genöthigt ſind, abweiſen können? — Zum Glück iſt dieſe Frage nicht ſehr practiſch, und ich habe noch niemals von ſolchen Fällen, insbeſondere aber davon nicht, daß ſolche klagbar geworden ſeyen, gehört. Wenn aber gleich das „lucri odor ex re qualibet“ dieſe Frage von einer wenig praktiſchen Seite darſtellen dürfte, ſo glaube ich doch, daß ſie von der poſitiven Geſetzgebung nicht ganz vernachläſſigt werden ſollten.

Fünftes Buch.

Tit. 1.

De judiciis, et ubi quisque agere vel conveniri debeat.

Der Plan, nach welchem unſer Verfaſſer den vorliegenden Titel commentirt hat, iſt ſehr weit angelegt, und ich läugne nicht, daß dieſer Titel Gelegenheit bietet, das ganze noch ſo ſehr im Dunkeln liegende gerichtliche Verfahren der Römer, den ganzen Gerichtsorganismus derſelben einer Unterſuchung zu unterwerfen, und dieſem dann den ehemals ſo ſehr beliebten Usus modernus folgen zu laſſen. Als Literatur habe ich hier nachzutragen

Zimmern, Geſchichte des Römiſchen Privatrechts, III. Band — auch unter dem beſondern Titel: der Römiſche Civil-Proceß in geſchichtlicher Entwickelung bis auf Juſtinian. Heidelb. 1829.

und

Bethmann Hollweg, Handbuch des Civilproceſſes I. Band 1ſte Abtheilung — auch unter dem beſondern Titel: „Gerichtsverfaſſung und Proceß des ſinkenden Römiſchen Rechts.“ Bonn 1834.

Ich habe zwar ſchon öfters bemerkt, daß Alles, was das Proceßrecht betreffe, zunächſt nicht in meinen Plan gehöre, aber einzelne wichtige Lehren deſſelben kann ich doch nicht übergehen, und hieher rechne ich nun die Lehre von der Litis-Conteſtation, welche der Verfaſſer in dem

§. 499. S. 164—175.

behandelt. Vor allen Dingen glaube ich aber hier Nachträge zur Literatur geben zu müſſen. Hieher gehören

Vossler (praes. *Malblanc*), de litis contest. Rom. Tub. 1808.

Goldſchmid, über Litis-Conteſtation und Einreden. Frankfurt a. M. 1812.

Keller, über Litis-Conteſtation und Urtheil nach claſſiſchem Römiſchem Recht. Zürich 1827.

Stahl, über das ältere Römiſche Klagerecht. München 1827.

Mayer, ad Livii locum cap. 44—48. Diss. Stuttg. 1828 (insbeſondere deſſen Note ** p. 18 u. 19). Eine weitere Ausführung ſeiner Anſicht enthält deſſen Schrift: die Litis-

Conteſtation, geſchichtlich dargeſtellt, 1ſte Abtheil. Stuttg. 1830 (die 2te Abtheilung iſt bis jetzt noch nicht erſchienen). Zimmern, a. o. a. O. §§. 118—124. S. 256—377.

Ohne unbillig zu ſeyn, kann man wohl dem Verfaſſer keinen Vorwurf machen, wenn er die Geſchichte der Litis-Conteſtation mit einer Conſtitution der Imperatoren Severus und Antonin beginnt, denn es läßt ſich nicht läugnen, daß erſt die neueren geſchichtlichen Forſchungen mehr Licht in dieſe Lehre gebracht haben. Daß die Litis-Conteſtation urſprünglich etwas ganz Anderes geweſen ſey als nachher, erſehen wir aus den bedeutenden Wirkungen derſelben. Wir müſſen daher auch vor allen Dingen die Frage unterſuchen: was war denn urſprünglich die Litis-Conteſtation? Von Feſtus

de V. S. voce „contestari“

haben wir nun zwey Stellen, welche freilich noch lange nicht genügen, um eine vollſtändige Erklärung derſelben geben zu können: „*Contestari* est, quum uterque reus dicit: *Testes estote*“ und „*Contestari litem* dicuntur duo aut plures adversarii, quod ordinato judicio utraque pars dicere solet: *Testes estote.*“ Merkwürdig übrigens iſt, daß Feſtus das Wort: „contestari“ erſt im Allgemeinen, ſodann in der beſondern Verbindung deſſelben mit dem Worte „lis“ erklärt. Daß das Wort „contestari“ zunächſt es war, welches Feſtus erklären wollte, kann wohl keinem Zweifel unterliegen, denn Feſtus ſetzt immer dasjenige Wort, welches er erklären will, der Erklärung voran. Das Wort „contestari“ aber iſt ein aus „con“, dem nachherigen „cum“ und „testari“ zuſammengeſetztes Wort, unter testari aber könnte man zweierley verſtehen. Man könnte es nehmlich einmal in dem Sinne nehmen, als ob ſolches mit „Zeugniß ablegen“ testimonium praebere identiſch ſey, ſodann kann es aber auch in dem Sinne „Jemand zum Zeugniß auffordern“, genommen werden, und im letztern Sinne iſt es nach Feſtus zu nehmen. Das demſelben vorgeſetzte Wörtchen „con“, („cum“) aber bezeichnet, daß eine contestatio nicht von Einem, ſondern nur von Zwey oder Mehreren erfolgen könne. Daß man des Worts contestari zunächſt nur in Verbindung mit „lis“ ſich bediente, ergibt ſich ſchon aus der erſten Stelle des

Feſtus, denn hier ſchon ſpricht er von dem uterque reus. Reus aber war, wie uns derſelbe berichtet:

l. c. ad vocem „Reus"

„*Reus* dictus est à re, quam promisit ac debet. Reus stipulando est, qui stipulatur. Reus promittendo est, qui suo nomine alteri quid pro altero promisit", — nur derjenige, welcher einem Andern etwas zu leiſten hatte, alſo in der Regel nur der Beklagte, und nur bey der „Lis" wurden ausnahmsweiſe beyde ſtreitende Theile rei genannt, nach Feſtus

l. c. ad vocem „Reus."

„Reus, cum pro utroque ponatur, ut ait Sinnius in eo, quem de reo inscribit, et cum dicit, aut cum contra te agit, juramento tuo uti potest." — Was ſodann die Worte: „ordinato judicio", welche in der zweiten Stelle des Feſtus (S. 286) vorkommen, betrifft, ſo können dieſe erſt unten ihre Erläuterung finden. Die Litis-Contestatio ſetzte alſo als weſentliches Erforderniß voraus, daß beyde Parthien, und zwar „ordinato judicio", die Worte „testes estote" ausriefen. Freilich wiſſen wir jetzt von der Litis-Conteſtation noch nichts, wenn wir nicht wiſſen, was denn eigentlich ein ordinatum judicium war, und wer denn die testes waren. Man hat ſich nun zunächſt, um ſich weiteres Licht zu verſchaffen, an die Worte: „testes estote" gehalten. Namentlich hat Maier in der o. a. Schrift auszuführen geſucht, daß die Litis-Contestatio urſprünglich in die Form der Mancipation eingekleidet geweſen ſey. Ich muß nun bekennen, daß die Maier'ſche Anſicht für mich urſprünglich etwas Frappantes und Blendendes hatte, und daß ich mich zu derſelben hingezogen fühlte, immer aber erwartete ich die zweyte noch nicht erſchienene Abtheilung, in welcher alle diejenigen Zweifel, welche gleich anfänglich mir vorſchwebten, eine Löſung finden mußten. Die Maier'ſche Anſicht ſoll aber ſchon früher die Rudorffs geweſen ſeyn, und dieſer ſcheint auch in Maiers Schrift die Belege für ſeine Anſicht gefunden zu haben.

Rudorff, die Litis-Conteſtation, geſchichtlich dargeſtellt von Dr. M. S. Mayer (in der Zeitſchrift für geſchichtliche Rechtswiſſenſchaft, VII. Band. Berlin 1831. S. 231—242).

— Eine nähere Beleuchtung dieſer Sache hat mich jedoch zu einem ganz andern Ergebniß geführt. Vorerſt muß ich nehmlich ſehr bezweifeln, daß bey der Mancipation, als ſolcher, der Ausdruck „testes estote“ vorkam. Als Beweis hiefür führt man folgende zwey Stellen an, Ulpians

Fragm. tit. 20. §. 9.

„In testamento, quod per aes et libram fit, duae res aguntur, familiae mancipatio, et nuncupatio testamenti. Nuncupatur testamentum in hunc modum. Tabulas testamenti testator tenens ita dicit: *haec ut, in his tabulis cerisve scripta sunt, ita do, ita lego, ita testor: itaque vos, Quirites, testimonium perhibetote:* quae nuncupatio et testatio vocatur“ — und Gajus

L. II. §. 104.

„Eaque res ita agitur, qui facit, adhibitis sicut in ceteris mancipationibus V testibus civibus Romanis puberibus et libripende, postquam tabulas testamenti scripserit, mancipat alicui dicis gratia familiam suam, in qua re his verbis familiae emptor utitur: *familiam pecuniamque tuam endo mandata tutela custodelaque mea (recipio, eaque) quo tu jure testamentum facere possis secundum legem publicam hoc aere,* et ut quidam adjiciunt, *aeneaque libra esto mihi empta,* deinde aere percutit libram, idque aes dat testatori, velut pretii loco, deinde testator tabulas testamenti tenens ita dicit: *haec ita, ut in his tabulis cerisque scripta sunt, ita do, ita lego, ita testor, itaque vos, Quirites, testimonium mihi perhibetote.* Et hoc dicitur nuncupatio: nuncupare est enim palam nominare; et sane quae testator specialiter in tabulis testamenti scripserit, ea videtur generali sermone nominare atque confirmare.“ — Beyde Stellen handeln nehmlich von dem „testamentum per aes et libram“ die Worte: „testimonium praebibote oder perhibetote“, welche man den Worten „testes estote“ gleichſetzt, aber beziehen ſich nicht auf die bey dem testamentum per aes und libram vorkommende mancipatio, ſondern auf die nuncupatio. Die Teſtamentifaction bey den gedachten Teſtamenten enthielt

nehmlich

nehmlich zwey ganz verſchiedene Acte, einmal die Mancipation und dann die Nuncupation, wie Ulpian ſich ganz deutlich ausdrückt: „duae res aguntur, familiae mancipatio, et nuncupatio testamenti.“ Von der mancipatio handelt nun Ulpian nicht, wohl — weil er ſchon früher

l. c. tit. 19. §. 3.

hievon gehandelt hatte, und nur von der „Nuncupatio“ ſpricht er in unſerer Stelle. Mit Ulpians Darſtellung ſtimmt auch die des Gajus überein, welcher, indem er ſich übrigens wegen der Mancipation im Allgemeinen auf die frühere Beſchreibung derſelben beruft, nur in die näheren Modalitäten derſelben in Beziehung auf die fragliche Teſtamentsform eingeht, nun aber ſagt ja Gajus ausdrücklich, daß erſt dann, wenn der Mancipationsform ein Genüge geſchehen ſey; „deinde testator dicit: testimonium perhibetote“, deinde aber bezeichnet offenbar „mancipatione facta oder peracta“, oder „post mancipationem factam oder peractam“, was zur Form der Nuncupation gehört. Sodann nennt Ulpian die Zeugenanrufung „testatio“, weil ſie nur vom Erblaſſer ausgieng, nicht „contestatio“ weil außer ihm Niemand dieſe Worte ausſprach. Daß eine ſolche testatio bey der mancipatio nicht vorkam, erſehen wir zwar nicht ſowohl aus der überhaupt ſehr unvollſtändigen Nachricht des Ulpian

l. c. tit. 19. §. 3.

„Mancipatio propria species alienationis est et rerum mancipi: eaque fit certis verbis, libripende et quinque testibus praesentibus“ — als vielmehr aus der vollſtändigern des Gajus

L. I. §. 119.

„Est autem mancipatio, ut supra quoque diximus, imaginaria quaedam venditio etc.; eaque res ita agitur adhibitis non minus quam quinque testibus, civibus Romanis puberibus, et praeterea alio ejusdem conditionis, qui libram aeneam teneat, qui appellatur libripens: is, qui mancipio accipit, rem tenens (ſtatt „rem“ findet ſich in dem Commentar des Boethius zu den Topicen Cicero's, wo er dieſen §. wörtlich anführt, das Wort „aes“. Richtiger ſcheint mir übrigens, wie ich auch ſchon in meiner Schrift:

Die Usucapio und Praescriptio des Römiſchen Rechts. Stuttg. 1832 §. 7. S. 7 u. 8.

gezeigt, das Wort „rem“ zu ſeyn), ita dicit: *Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse ajo, isque mihi emptus est hoc aere aeneaque libra:* deinde aere percutit libram, idque aes dat ei, à quo mancipio accipit, quasi pretii loco.“ — denn hier iſt keiner testatio und noch weniger eine contestatio erwähnt. Daß die — die Zeugenanrufung enthaltenden — Worte lediglich auf die Nuncupation zu beziehen waren, erſehen wir auch aus einer Stelle des Imperator Theodoſius

D. Theod. Leg. Nov. L. tit. 9.

„Ideo veteres testamenta scripta testibus offerebant, oblatarumque eis tabularum perhibere testimonium postulabant.“ — Wenn nun aber bey der Mancipation weder eine Teſtation, noch eine Conteſtation vorkam, ſo hat man offenbar auch gar keinen Grund, die Litis-Conteſtation aus einer bey derſelben vorkommenden Mancipation zu erklären, auch ſehe ich in der That nicht ein, wie Feſtus dazu gekommen ſeyn ſollte, wenn auch wirklich eine Mancipation bey der Litis-Conteſtation vorgekommen, oder vielmehr die Litis-Conteſtation in einer Mancipation beſtanden wäre, nur die letzten feierlichen Worte zu nennen, und nicht ganz unumwunden und geradezu zu ſagen, daß die Litis-Conteſtation in einer Mancipation beſtanden ſey. Doch, daß dieß nicht der Fall war, habe ich theils ſchon dadurch gezeigt, daß die Mancipationsform dergleichen feierliche Worte gar nicht kannte, theils aber wird es mir gelingen nachzuweiſen, daß eine ſolche Mancipation gar nicht Statt fand, und auch wirklich nicht Statt finden konnte. Denn

a) iſt es in der That kaum denkbar (und dieß iſt der erſte Zweifel, welcher mir bey der Mayerſchen Anſicht ſogleich aufſtieg, und welcher mir durch die Ausführung Mayers auch nicht beſeitigt wurde), wie die zunächſt nur auf körperliche Sachen anwendbare mancipatio — ſagt doch Gajus

l. c. L. II. §. 38.

von der mancipatio und in jure cessio ganz beſtimmt: „Obligationes quoquo modo contractae nihil eorum recipiunt“ — bey Obligationen hätte Statt finden können, ſodann aber iſt

b) ſehr merkwürdig, daß uns Gajus unter den Vorbereitungen zur rei vindicatio die in jure cessio der vindicirten Sache nennt, welche bey der früheren legis actio per sacramentum vorkam, wie uns deſſen Stelle

L. IV. §. 16.

beweist: „Si in rem agebatur, mobilia quidem et moventia, quae modo in jus adferri adducive possent, in jure vindicabantur ad hunc modum: qui vindicabat, festucam tenebat, deinde ipsam rem apprehendebat, velut hominem, et ita dicebat: *Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse ajo secundum suam causam, sicut dixi, ecce tibi vindictam inposui:* et simul homini festucam inponebat. Adversarius eadem similiter dicebat et faciebat. Cum uterque vindicasset, Praetor dicebat: *mittite ambo hominem;* illi mittebant: qui prior vindica(*verat, ita alterum interroga*)bat: *postulo, anne dicas, qua ex causa vindicaveris;* ille respondebat: *jus peregi sicut vindictam inposui,* deinde qui prior vindicaverat, dicebat: *quando tu injuria vindicavisti, D. aeris sacramento te provoco;* adversarius quoque dicebat: *similiter ego te* **** asses sacramenti nominabant. Deinde sequebantur, quaecumque (*si*) in personam agerentur. Postea Praetor secundum alterum eorum vindicias dicebat, id est, interim aliquem possessorem constituebat, eumque jubebat praedes adversario dare litis et vindiciarum, id est rei et fructuum: alios autem praedes ipse Praetor ab utroque accipiebat sacramenti, quod id in publicum cedebat. Festuca autem utebantur quasi hastae loco, signo quodam justi dominii; maxime (*enim*) sua esse credebant, quae ex hostibus cepissent. Unde in centumviralibus judiciis hasta praeponitur." — Ganz auffallend aber wäre es, wenn neben der cessio in jure auch noch eine Mancipation Statt gefunden hätte, da uns doch Gajus

L. II. §. 22.

ausdrücklich berichtet: „quod autem valet mancipatio, idem valet et in jure cessio." — Der Act, bey welchem die feierlichen Worte, von welchen uns Feſtus berichtet, und in welche er eigentlich das Weſen der Litis-Conteſtation

ſetzt, vorkam, muß daher ein ganz anderer geweſen ſeyn. Es muß namentlich ein Act geweſen ſeyn, welcher auf körperliche und unkörperliche Dinge in gleichem Maaße anwendbar war, und einen ſolchen Act finde ich nun auch in Gajus

L. IV. §. 15.

* * * * * * * * „ad judicem accipiundum venirent. Poſtea vero reverſis dabatur *** xxx judex. Idque per legem Pinariam factum eſt, ante eam autem legem *** dabatur judex. Illud ex ſuperioribus intellegimus, ſi de re minoris quam (*M*) aeris agebatur, quinquagenario ſacramento, non quingenario eos contendere ſolitos fuiſſe. Poſtea tamen quam judex datus eſſet, comperendinum diem, ut ad judicem venirent, denuntiabant. Deinde cum ad judicem venerant, antequam aput eum *cauſam* perorarent, ſolebant breviter ei et quaſi per indicem rem exponere: quae dicebatur cauſae collectio, quaſi cauſae ſuae in breve coactio" — Daß dieſe Stelle von der alten legis actio per ſacramentum zunächſt handelt, muß ich allerdings zugeben, allein ich werde unten nachweiſen, daß dieſelbe auch bey der legis actio per judicis poſtulationem und bey der ſpätern condictio Statt finden konnte, und es iſt nur zu bedauern, daß dasjenige Blatt, auf welchem Gajus von der erſteren handelt, verloren gieng. In Beziehung auf die legis actio per ſacramentum erzählt uns nun Gajus auf's Beſtimmteſte, daß, wenn den Parthien ein judex beſtellt worden ſey, und hierin iſt der Sinn der Worte des Feſtus: „ordinato judicio" zu ſuchen, welche in der That auch nichts Anderes als die des Gajus „poſtea tamen, quam judex datus eſſet" ſagen wollen — ſie ſich gegenſeitig aufgefordert haben, am dritten Tage — denn dieß iſt der comperendinus dies, wie wir auch aus Feſtus erſehen

de V. S. ad voc. „Res."

„Res comperendinata dicitur, ut Verrius ait, judicium in diem tertium conſtitutum" — vor dem beſtellten judex zu erſcheinen. Aber gerade das Wort „denuntiabant", deſſen ſich Gajus bedient, hat einen Doppelſinn, denn hiedurch wollte Gajus nicht bloß das bezeichnen, daß die Parthien einander gegenſeitig aufgefordert haben, ſondern

er wollte damit auch das bezeichnen, daß ſie zu gleicher Zeit Andere als Zeugen aufgefordert haben, denn im letzteren Sinne finden wir das Wort denuntiare bey **Paulus**

Fr. 4. D. de test. (22, 5.)

„Lege Julia judiciorum publicorum cavetur, ne invito denuntietur, ut testimonium litis dicat adversus.“ — **Ulpian**

Fr. 19. D. h. t.

„Sed nec pupillis testimonium denuntiari potest“ — bey **Plinius**

Epist. L. VI. Epist. 5.

„Addidit etiam, petendum à consulibus, ut referrent, sub exemplo legis ambitus de lege repetundarum, an placeret in futurum ad eam legem adjici, ut, sicut accusatoribus inquirendi testibusque denuntiandi potestas ex ea lege esset, ita reis quoque fieret.“ — **Quinctilian**

Instit. Orat. L. V. cap. 7.

„Et quoniam duo genera sunt testium aut voluntariorum, aut eorum, quibus judex in publicis judiciis denuntiare solet.“ — Durch das Wort „denuntiabant“ wollte alſo **Gajus** offenbar nicht nur das, daß ſie einander ſelbſt zum Erſcheinen vor dem judex aufforderten, ſondern auch noch das bezeichnen, daß ſie die Anweſenden zum Zeugniß darüber, daß ſie einander gegenſeitig zum Erſcheinen vor dem judex aufgefordert haben, anriefen. Wer nun aber dieſe Anweſenden geweſen ſeyen? dieß können wir uns gar leicht erklären, wenn wir folgende Stelle des **Plinius**

Epist. L. VI. Epist. 33.

im Auge haben: „Sedebant judices centum et octoginta (sc. in tribunali Praetoris): tot enim quatuor consiliis conscribuntur, ingens utrinque advocatio et numerosa subsellia: praeterea densa circumstantium corona latissimum judicium multiplici circulo ambibat. Ad hoc stipatum tribunal, atque etiam ex superiore basilicae parte, qua foeminae, qua viri, et audiendi, quod erat difficile, et quod facile, visendi studio imminebant.“ — Meiner Anſicht nach beſtand alſo die Litis-Conteſtation darin, wenn beyde Parthien nach Beſtellung des judex (ordinato judicio) einander zum Erſcheinen vor dem judex, und die im Tribunal des Prätors Anweſenden zum Zeugniß der geſchehenen Beſtellung aufforderten. Zwar haben

wir hierüber nur in Beziehung auf die legis actio per sacramentum ein beſtimmtes Zeugniß des Gajus, allein ich kann unmöglich glauben, daß die legis actio per judicis postulationem ſich von der per sacramentum anders, als darin unterſchieden habe, daß bey letzterer den Parthien, ohne daß ſie darum nachgeſucht hatten, ein judex beſtellt wurde, während ſie bey der erſteren ausdrücklich um die Beſtellung eines ſolchen nachſuchten, und daß bey der erſteren natürlich nichts von dem — bloß der letzteren eigenthümlichen — Sacramentum vorkam. Ohnehin war die erſt ſpäter durch die Legem Siliam und Calpurniam nach Gajus

L. IV. §. 19.

eingeführte condictio wohl nur eine Nachahmung der legis actio per postulationem judicis, und ſcheint ganz überflüſſig geweſen zu ſeyn, wenigſtens bezeichnet er ſie

l. c. §. 20.

„Quare autem haec actio desiderata sit, cum de eo, quod nobis dari oportet, potuerimus sacramento aut per judicis postulationem agere, valde quaeritur“ — als ſolche. Der Ausdruck „condictio“ aber bezeichnet nichts anderes, als der „denuntiatio“, wie wir aus Feſtus

de V. S. ad v. „Condictio“

„Condictio in diem certum ejus rei, quae agitur, denuntiatio“ — und dem

§. 15. I. de act. (4, 6.)

„condicere enim est denuntiare prisca lingua“ erſehen, zu welch letzterer Stelle Theophilus in ſeiner Paraphraſe

Ed. *Reitz.* Tom. II. p. 805.

die erläuternde Bemerkung macht:

„Πάλαι γὰρ ὁ ἔχων δίκην πρός τινα παργήγειλεν αὐτῷ, ὅτι ἔλθὲ τῇδε τῇ ἡμέρᾳ, ὡς δικασόμενος μεϑ᾽ ἐμοῦ.“

„Olim enim, qui cum aliquo litem habebat, denuntiabat ei: Venito illa die, ut judicium mecum subeas.“

Sehr merkwürdig iſt ferner, wenn Feſtus

l. c. ad v. „Condictum“

uns berichtet: „Condictum est in commune dictum“, denn bezieht man dieß auf das „testes estote“ bey der in der Denuntiation beſtehenden Litis-Conteſtation, ſo ergibt ſich hieraus deutlich, daß der Zeugenaufruf an alle Anwe-

ſende ohne Ausnahme gerichtet war. Ich habe nun nur noch nachzuweiſen, daß meiner Anſicht auch nichts, was wir von weiteren Nachrichten über die Litis-Conteſtation beſitzen, entgegentritt. Denken wir uns nehmlich den Fall, daß der Beklagte den Anſpruch des Klägers gar nicht beſtritten, ſondern zugeſtanden hatte, ſo hatte ja der Prätor durchaus keinen Grund, einen judex und ein judicium zu beſtellen, ſondern es trat vielmehr dasjenige ein, wovon Paulus

Fr. 1. D. de confeſsis (42, 2.)

„Confeſsus pro judicato eſt, qui quodammodo sua sententia damnatur“ — d. h. wie er in ſeinen

Sent. Rec. L. V. tit. 5. §. 2.

bemerkt: „Confeſsi debitores pro judicatis habentur: ideoque ex die confeſsionis tempora ſolutioni praeſtitura computantur“ — oder wie er ſich

l. s. c. L. II. tit. 1. §. 5.

ausdrückt: Si qui (wohl quis) debitum quocunque modo confeſsus doceatur, ex ea re creditori actio non datur, ſed ad ſolutionem compellitur.“ — und Ulpian

Fr. 6. §. 6. D. de conf. (42, 2.)

„Confeſsi utique poſt confeſsionem tempora quaſi ex causa judicati habebunt“ — Wer daher den Anſpruch des Klägers in ſeinem vollen Umfange und ſo, daß gar nichts mehr ſtreitig blieb — denn richtig bemerkt Ulpian

Fr. 6. pr. D. de conf, (42, 2.)

„Certum confeſsus, pro judicato erit: incertum, non erit“ — anerkannt hatte, dem lief nun gleich, und ohne daß dem Kläger eine beſondere actio confeſsoria gegeben wurde, die gewöhnliche Zahlungsfriſt. Zwar erwähnt Ulpian in dem

Fr. 25. §§. 1. u. 2. D. ad leg. Aquil. (9, 2.)

eines Falles, in welchem das judicium durch die confeſsio nicht abgeſchnitten wurde. §. 1. Si procurator, aut tutor, aut curator, aut quivis alius confitetur (aut, was hier ganz überflüſſig iſt, und auch in mehreren Handſchriften fehlt), abſentem vulneraſse, confeſsoria in eos utilis actio danda eſt. §. 2. „Notandum, quod in hac actione, quae adverſus confitentem datur, judex non rei judicandae, ſed aeſtimandae datur: nam nullae partes ſunt judicandi in confitentes.“ — Hiebey hatte er aber nur den Fall im

Auge, wenn zwar ein die actio ex Lege Aquilia begründendes Factum zugeſtanden, der Werth des Schadens aber noch nicht erhoben, alſo kein Geſtändniß im vollen Umfang vorhanden war, ſondern noch Etwas ſtreitig blieb, wie denn auch die Baſiliken den obigen §. 2. ganz richtig ſo geben:

L. LX. tit. 3. Fr. 25. §. 2. (Ed. *Fabr.* Tom. VII. p. 50.)

„Κατὰ τοῦ συνομολογοῦντος οὐ δίδοται δικαστὴς εἰς τὸ ψηφίσασθαι, ἀλλ' εἰς τὸ ἀποτιμήσασθαι· κατὰ τὰ τῶν συντεθαμένων οὐκ ἐστὶ δικαστήριον.“

„Adversus confitentem datur judex non rei judicandae, sed aestimandae causa; nam in confitentes judicium non est.“

— denn hier hat die actio confessoria nur Beziehung auf die Schätzung, die Größe des Schadens, keineswegs aber auf das Factum der Beſchädigung. Dieſer Zahlungsfriſt erwähnen nun auch, wie uns Aulus Gellius

Noct. Att. L. XV. cap. 13.
L. XX. cap. 1.

berichtet, ſchon die LL. XII. Tabul. in den Worten: „Aeris confessi rebusque jure judicatis triginta dies justi sunto“, zu welcher Stelle Gellius und Gajus folgende Bemerkungen machen. Erſterer

L. XX. cap. 1.

„Confessi igitur aeris ac debiti judicatis triginta dies sunt dati, conquirendae pecuniae causa, quam dissolverent: eosque dies Decemviri *justos* appellaverunt, velut quoddam justitium, id est, juris inter eos quasi interstitionem quamdam et cessationem. Quibus diebus nihil cum his agi jure posset. Post deinde, nisi dissolverent, ad Praetorem vocabantur: et ab eo, quibus erant judicati, addicebantur, nervo quoque aut compedibus vinciebantur.“ — Letzterer

Fr. 7. D. de re jud. (42, 1.)

„Intra dies constitutos, quamvis judicati agi non possit, multis tamen modis judicatum liberari posse, hodie non dubitatur: quia constitutorum dierum spatium pro judicato, non contra judicatum per legem constitutum est.“ — Erfolgte jedoch die Befriedigung des Gläubigers innerhalb dieſer Zeit nicht, ſo konnte ſich nach der uns von Aulus Gellius

l. s. c. cap. 1.

aufbewahrten Stelle der LL. XII. Tabul. „Post deinde in manus injectio esto, in jus ducito“ der Gläubiger ſich der legis actio per manus injectionem bedienen, von welcher Gajus

L. IV. §. 21.

handelt, deren Erklärung mich hier zu weit führen würde. Höchſt wahrſcheinlich aber iſt es, daß in einem ſolchen Falle der Gläubiger ſtatt der Worte, welche uns Gajus für den Fall des Judicats aufbewahrt hat: „quod tu mihi judicatus sive damnatus es“ ſich der: „quod tu mihi ex stipulatu etc. debes, confessus es, quae dolo malo non solvisti“ bediente, und der confessio ſtatt des Judicats erwähnte; ja nach einer Nachricht des Paulus

Sent. Rec. L. V. tit. 5. §. 4.

„Eorum, qui debita confessi sunt, pignora capi, et distrahi possunt“, konnte wenigſtens in einer den 12 Tafeln-Geſetzen folgenden Periode auch die Legis actio per pignoris capionem Statt finden, worüber ich mich hier, da dieſe Legis actio auch zu weit führen würde, lediglich auf Gajus mich

L. IV. §§. 26—29.

beziehen muß. Jedenfalls aber ſehen wir hieraus, und dieß genügt für unſern Zweck, ſo viel, daß durch die confessio des Beklagten in jure dem Kläger ſeine urſprüngliche Klage vorbehalten blieb, und daß er in Folge derſelben nachher per manus injectionem aut pignoris capionem lege agere konnte. Hatte aber einmal der Schuldner ſeine Verbindlichkeit beſtritten, und ſtand ſeiner Klage kein anderes Hinderniß im Wege, mußte daher auch ein judicium oder ein judex beſtellt werden, ſo blieb ja dem Beklagten, welcher dieſer Beſtellung durch die confessio oder solutio entgehen konnte, nach Paulus

Fr. 73. D. de procurat. (3, 3.)

„Si reus paratus sit ante litem contestatam pecuniam solvere procuratore agente, quid fieri oportet? nam iniquum est, cogi eum judicium accipere, propter quod suspectus videri potest, qui praesente domino non obtulit pecuniam. Quid si tunc facultatem pecuniae non habuit? nunquid cogi debeat judicium accipere? quid enim si et famosa sit actio? Sed hoc constat, ut ante litem contestatam praeses jubeat in aede sacra pecuniam

deponi: hoc enim ſit et in pupillaribus pecuniis. Quod si lis contestata est: hoc omne officio judicis dirimendum est" — nichts anderes als die Nothwendigkeit litem zu conteſtiren, übrig. Auch den Kläger nützte es ja nichts, wenn er, nachdem der Beklagte nun einmal ſeine Verbindlichkeit beſtritten hatte, jetzt wieder in jure, d. h. vor dem Prätor mit ſeiner früheren Klage aufgetreten wäre, denn auch dieſe würde nur wieder zur Litis-Conteſtation bey dem Beſtreiten des Beklagten geführt haben. Dieſe Litis-Conteſtation aber führte die Parthien zu dem ihnen von dem Prätor beſtellten judex und zu einem Erkenntniß deſſelben. Ja es entſtand früher ſogar nach dem bekannten uns von Julian aufbewahrten Grundſatze

Fr. 74. pr. D. h. t.

„De qua re cognoverit judex, de ea pronuntiare quoque cogendus est" — nach welchem der judex nun einmal über eine an ihn gebrachte Sache erkennen mußte, die Streitfrage: Ob, wenn der Beklagte in der Zwiſchenzeit zwiſchen der Litis-Conteſtation und dem Urtheil den Kläger befriedigt habe, er von der Klage freyzuſprechen, oder demungeachtet, und weil er die Forderung beſtritten, und es zur Litis-Conteſtation habe kommen laſſen, zu verurtheilen ſey? von welcher uns Gajus eine freylich lediglich dem Zuſtande der Palimpeſte zuzuſchreibende unvollſtändige Nachricht gibt.

L. IV. §. 114.

„Superest, ut dispiciamus, si ante rem judicatam is, cum quo agitur, post acceptum judicium satisfaciat actori, quid officio judicis conveniat: utrum absolvere, an ideo potius damnare, quia judicii accipiendi tempore in ea causa fuit, ut damnari debeat. Nostri praeceptores absolvere eum debere existimant; nec interesse, cujus generis *fuerit* judicium. et hoc est, quod vulgo dicitur, Sabino et Cassio placere, omnia judicia esse absolutoria * * * * * * * * * * idem sentiunt * * in * * * * judiciis liberum est officium judicis. Tantumdem — — — rem actionibus putant — — — — — — ad sol — — — — — quibus — — — — petentur et ad — — — — — interdum — — — — — — nobis

— — — petimus his — — — — — actori quam — — — — — paratu * * * actori — — — * ex — — — — — — — actum fuit.“

§. 2. I. de perp. et temp. act. (4, 12.)

„Superest, ut admoneamus, quod si ante rem judicatam is, cum quo actum est, satisfaciat actori: officio judicis convenit, eum absolvere, licet in ea causa fuisset judicii accipiendi tempore, ut damnari deberet, et hoc est, quod antea vulgo dicebatur, omnia judicia absolutoria esse“ — womit auch die Paraphraſe des **Theophilus** zu vergleichen iſt

ad hunc §. (Ed. *Reitz.* Tom. II. p. 874 u. 875.)

„Τοῖς περὶ δικαστηρίων λεγομένοις ἀνάγκη κἀκεῖνο προσθεῖναι· ἐὰν ὁ ἐναγόμενος πρὸ τῆς καταδίκης, τὸ δεόν ἐπιγνοὺς, τὸ ἱκανὸν ποιήσῃ τῷ ἄκτωρι, τουτέστιν ἀποδῷ τὸ χρεὸς, ἢ τὸ πρᾶγμα ἐφ' ᾧ ἐνάγεται, οὐκ ἔστιν ἐπάναγκες, ὥστε αὐτὸν καταδικασθῆναι, ἐπειδὴ ὅλως προκατήρχθη· ἀλλὰ συντρέχομεν αὐτοῦ τῇ εὐγνωμοσύνῃ, καὶ ἀβσολουτίωνος ἀξιοῦται, εἰ καὶ ὁ τῆς προκατάρξεως καιρὸς οἶδεν αὐτὸν ἄξιον ὄντα τοῦ καταδικασθῆναι. Καὶ τοῦτό ἐστὶ τὸ ἐν τῷ πλήθει λεγόμενον, ὅτι πάντα τὰ δικαστήρια ἀβσολουτώριά ἐστιν· τουτέστιν, ἔξεστι τῷ δικαστῇ πρὸ καταδίκης εὐγνωμονοῦντα τὸν ῥεόν ἀφεῖναι τῆς ἀγωγῆς.“

„His quae de judiciis dicta sunt, necesse est et illud addere, si reus ante condemnationem, aequum agnoscens, actori satisfecerit, id est, debitum reddiderit, aut rem de qua convenitur, non est necesse, ut condemnetur, quod sane lis cum eo contestata fuerit: sed succurrimus ejus bonae fidei, et absolutionem adipiscitur, etiamsi litis contestatae tempus eum dignum norit qui condemnetur. Et hoc est, quod vulgo dicitur, omnia judicia esse absolutoria: id est, judici licet reum, qui ante condemnationem bonam fidem agnoscat, actione liberare.“

Hieraus läßt es ſich nun aber auch erklären, warum in der Litis-Conteſtation die frühere Klage untergieng. Wir müſſen hier jedoch wieder zuerſt auf die Quellen zurückgehen. **Gajus**

L. III. §§. 180. u. 181.

§. 180. „Tollitur adhuc obligatio litis contestatione, si modo legitimo judicio fuerit actum. Nam tunc obligatio

quidem principalis dissolvitur, incipit autem teneri reus litis contestatione: set si condemnatus sit, sublata litis contestatione, incipit ex causa judicati teneri. Et hoc (*est*), quod aput veteres scriptum est. Ante litem contestatam dare debitorem oportere; post litem contestatam condemnari oportere; post condemnationem judicatum facere oportere. §. 181. Unde fit, ut si legitimo judicio debitum petiero, postea de eo ipso jure agere non possim, quia inutiliter intendo *dari mihi oportere*, quia litis contestatione dari oportere desiit. Aliter atque si imperio continenti judicio egerim: tunc enim nihilominus obligatio durat, et ideo ipso jure postea agere possum, sed debeo per exceptionem rei judicatae vel in judicium deductae summoveri. Quae autem (*sint*) legitima judicia, et quae imperio contineantur, sequenti commentario referemus" — ſodann

L. IV. §. 108.

„Alia causa fuit olim legis actionum: nam qua de re actum semel erat, de ea postea ipso jure agi non poterat: nec omnino ita, ut nunc, usus erat illis temporibus exceptionum." — Dieſe Nachrichten müſſen wir noch etwas genauer und in ihrem Zuſammenhange betrachten. Urſprünglich, und ſo lange es nur legis actiones gab, konnte eine einmal angeſtellte Klage nicht wieder angeſtellt werden, dieß berichtet uns Gajus in dem obigen §. 108. — Hatte alſo der Kläger unterlegen, ſo verſtand es ſich von ſelbſt, daß nunmehr der Beklagte von ihm nicht weiter behelligt werden konnte. Hatte er aber obgeſiegt, ſo ſtand ihm nimmer die frühere legis actio, welche ja bloß wieder zur Litis-Conteſtation geführt hätte, ſondern es ſtand ihm jetzt die legis per manus injectionem zu, wie ich oben (S. 297) ſchon gezeigt habe, und auf die legis actiones paßte nun zunächſt der Grundſatz, den Gajus in dem obigen §. 180. als einen Grundſatz, der „veterum" bezeichnet, „*ante* litem contestatam *dare* debitorem oportere, *post* litem contestatam *condemnari* oportere, *post* condemnationem *judicatum facere* oportere." Dieſer Grundſatz wollte nehmlich urſprünglich nichts Anderes, als das bezeichnen: wer wegen irgend eines Anſpruchs von dem Richter belangt wird, der muß, wenn er dieſen

Anſpruch anerkennt (das confiteri S. 295) ſich dieſem fügen, beſtreitet er ihn, ſo muß er ſich der richterlichen Prüfung unterwerfen, und fällt das Ergebniß derſelben gegen ihn aus, ſo muß er das vom Richter Erkannte leiſten. Der frühere Anſpruch aber beſteht in der Art, wie er vor der Litis-Conteſtation war, nimmer, denn er iſt in derſelben untergegangen, und für den Fall, daß jetzt der Beklagte verurtheilt werden ſollte, geht aus dem Erkenntniß ein ganz neuer Anſpruch des Klägers an den Beklagten, und ein anderes Mittel, dieſen gerichtlich erkannten Anſpruch geltend zu machen, hervor. Wer alſo z. B. einem Andern eine Summe Geldes geliehen hatte, der belangte dieſen vorerſt mittelſt einer legis actio sacramento, per judicis postulationem oder condictionem, wovon Gajus

L. IV. §§. 12. 13. 18—20.

handelt. Beſtritt der Beklagte das Darlehen, ſo kam es zur Litis-Conteſtation, und wurde dann der Beklagte verurtheilt, ſo konnte er jetzt nimmer die frühere legis actio anſtellen, denn dieſe hätte ja wieder nur zur Litis-Conteſtation geführt, ſondern jetzt ſtand ihm die legis actio per manus injectionem, (wovon S. 297) zu, und dieſe führte ihn zur Befriedigung. War aber der Beklagte freigeſprochen worden, ſo mußte auch dieſer gegen die grundloſen Anſprüche des Klägers geſchützt werden, und dieſen Schutz fand er nun darin, daß die legis actio des Klägers in der Litis-Conteſtation untergegangen war, das gerichtliche Erkenntniß aber demſelben keine an die Stelle der früheren getretene legis actio ertheilte. Nachdem aber nach Gajus

L. IV. §. 30.

die legis actiones untergegangen, und an ihre Stelle die Formeln getreten waren, ſo entſtand jetzt die Frage: Ob und in wie weit der gedachte Grundſatz auch auf die formulas anwendbar ſey? Hievon handelt nun Gajus in dem

L. IV. §§. 106. u. 107.

§. 106. „Et siquidem imperio continenti judicio actum fuerit, sive in rem sive in personam, sive ea formula, (*quae*) in factum concepta est, sive ea, quae in jus ha-

bet intentionem, postea nihilominus ipso jure de eadem re agi potest: et ideo necessaria est exceptio rei judicatae vel in judicium deductae. §. 107. At vero (*si*) legitimo judicio in *personam* actum sit ea formula, quae juris civilis habet intentionem, postea ipso jure de eadem re agi non potest, et ob id exceptio supervacua est: si vero vel in rem vel in factum actum fuerit, ipso jure nihilominus postea agi potest, et ob id exceptio necessaria est rei judicatae vel in judicium deductae" — und belehrt uns, daß dieſer Grundſaz nur in gewiſſen Fällen auch ſeine Anwendung finde. Es muß nehmlich

1) ein judicium legitimum (vgl. S. 126) vorhanden ſeyn, bey judiciis quae imperio continentur (vgl. S. 126 u. 127) fand dieſer Grundſaz nicht Statt. Sodann ſagt Gajus in dem oben abgedruckten §. 107. ausdrücklich, daß dieſer Grundſaz

2) nur bey actionibus in personam, d. h. bey perſönlichen Klagen im allgemeinſten Sinne des Worts (I. Bd. S. 425 u. 426) Statt finde. Hiemit iſt denn auch der oben (S. 300) abgedruckte §. 180. des Gajus ganz in Uebereinſtimmung, denn was er im erſteren als actio in personam, bezeichnet er im letzteren als obligatio, nehmlich das dare praestare, facere oportere des Beklagten, worin ja gerade das weſentliche Merkmal der actio in personam beſteht. Bey actionibus in rem fand dieſer Grundſaz nicht Statt. Aber er fand auch

3) nicht bey allen actionibus in personam, ſondern bey ſolchen nur dann Statt, „si actum erat ea formula, quae juris civilis habet intensionem." Was es nun mit dieſer formula, worunter offenbar keine andere als die formula in jus concepta verſtanden werden kann, für eine Bewandtniß habe? habe ich bereits im I. Band S. 470—472 gezeigt. Somit konnte nun in denjenigen Fällen, in welchen der frühere, von den legis actionibus auf die formulas übertragene Grundſaz nicht Statt finden konnte, auch nach dem Erkenntniß immer noch die alte, d. h. frühere Klage angeſtellt werden. Dieß wäre nun offenbar für den Kläger und den Beklagten, je nachdem der Eine oder der Andere obſiegen würde, gleich unangenehm, denn der Kläger würde es ja nie über die Litis-

Conteſtation hinausbringen können, der Beklagte aber könnte von dem Kläger immer wieder beunruhigt werden. — Eben deßwegen aber, und um dieß zu vermeiden, ſteht dem Kläger nicht die frühere, ſondern die actio judicati, welche geradezu zur Hülfsvollſtreckung führte, zu, und der Beklagte konnte ſich nach früherem Römiſchen Rechte durch zwey Einreden Ruhe ſchaffen. Die Eine dieſer Einreden heißt die exceptio rei in judicium deductae, die andere rei judicatae. Dieſe Einreden oder exceptiones hatten nun aber dieſelbe Wirkung, welche die exceptiones überhaupt im Gegenſatze gegen die Arten der Aufhebung eines Rechtsgeſchäfts hatten, d. h. ganz dieſelbe, wie die Aufhebung der Klage, nur auf verſchiedene Weiſe (vgl. I. Band S. 516). Die alte Klage ſtand zwar dem Kläger auch, wenn er damit abgewieſen war, gegen den Beklagten noch immer zu, der Letztere aber konnte ſich mittelſt der exceptio rei judicatae dagegen ſchützen. Sie war alſo nicht ſchon durch die Litis-Conteſtation und das darauf erfolgte Erkenntniß unmittelbar, ſondern ſie wurde erſt mittelbar, nehmlich durch die auf beyde gegründete exceptio rei judicatae vel in judicium deductae aufgehoben. Nur müſſen wir noch dieſe beyden Exceptionen etwas genauer betrachten. Daß ſie nicht identiſch ſind, dafür bürgen ſchon die verſchiedenen Ausdrücke judicatae und deductae. Daß die exceptio rei judicatae nun ein wirkliches judicatum vorausſetze, liegt ſchon in ihrem Nahmen. Sie findet überall Statt, wo wirklich gerichtlich erkannt iſt, und hierüber will ich mich um ſo weniger, als dieſe uns noch am geeigneten Orte zu weiterer Betrachtung vorkommen wird, hier verbreiten. Die exceptio rei in judicium deductae fand dagegen nur da Statt, wo der Richter über einen Theil deſſen, was in der Litis-Conteſtation enthalten war, nicht erkannt hatte. Dieß konnte nun auf eine doppelte Weiſe geſchehen: entweder konnte der Richter darüber noch gar nicht erkennen, weil der Anſpruch des Klägers entweder zur Zeit noch gar nicht Statt fand, z. B. bey einer betagten oder bedingten verborum obligatio (stipulatio), welche vor dem Eintritt der Zeit oder der Bedingung eingeklagt wurde, das eigentliche plus in intentione (vgl. I. Band S. 461), oder wenn dem Beklagten die

exceptio pacti, ne intra certum tempus ageretur zuſtand (wovon Gajus und die Inſtitutionen an den im I. Band S. 462 abgedruckten Orten; oder wenn der Richter zwar wohl auch über dieſen Theil des Klägers Anſpruch, über welchen er nicht erkannt hat, hätte erkennen können. Z. B. A. hat an den B. ein Grundſtück um —:· 1000 fl. verkauft, ſpäter will er den Verkauf anfechten, und B. läßt ſich im Vergleichsweg herbey, ihm weitere 200 fl. Kaufſchilling zu verſprechen, worüber er auch mit ihm ein verborum obligatio eingeht. Nun fordert A. mittelſt der actione ex vendito —:· 1000 fl. und 200 fl. mittelſt der actio ex stipulatu. Ueber letztere erkennt der Richter nicht. Hier iſt die exceptio rei in judicium deductae, und zwar aus dem Grunde vorhanden, weil die actio ex stipulatu in der Litis-Conteſtation untergegangen, und in der actio judicati, weil das Judicat ja dieſe letztere Forderung gar nicht berührte, nicht wieder erwacht war. Dieſe exceptio rei in judicium deductae gieng aber wahrſcheinlich nach und durch die Aufhebung der Formeln (I. Band S. 472) verloren. Mit der (I. Band S. 472 u. 473) abgedruckten Conſtitution Zeno's in Betreff der plus petitio war ſie ohnehin nimmer vereinbar, und die Inſtitutionen ſprechen in der im I. Band S. 460 und 463 abgedruckten Stelle von dieſer, als von einer ehemals (olim) Statt gefundenen exceptio. Wir dürfen uns daher auch keineswegs darüber wundern, daß der Litis-Conteſtation die Wirkung der Novation beygelegt wird. Denn es ſind hier offenbar ganz dieſelben Merkmale vorhanden, welche Ulpian

Fr. 1. pr. D. de novat. (46, 2.)

„Novatio est prioris debiti in aliam obligationem vel civilem vel naturalem transfusio atque translatio: hoc est, cum ex praecedenti causa ita nova constituatur, ut prior perimatur. Novatio enim à novo nomen accepit, et à nova obligatione“ — als weſentliches Merkmal der novatio bezeichnet, nur unterſchied ſie ſich nach Paulus

Fr. 29. D. ej. tit.

„Aliam causam esse novationis voluntariae, aliam judicii accepti, multa exempla ostendunt. Perit privilegium dotis, et tutelae, si post divortium dos in stipulationem deducatur, vel post pubertatem tutelae actio novetur, si

id

id specialiter actum est, (von „si idem“, Beyſatz der Redaktoren der Digeſten, wobey ſie Juſtinians

Const. 8. C. de novat. (8, 42.)

welche Paulus noch nicht kennen konnte, im Auge hatten) quod nemo dixit lite contestata: neque enim deteriorem causam nostram facimus actionem exercentes, sed meliorem: ut solet dici in his actionibus, quae tempore vel morte finiri possunt“ — von der voluntaria darin, daß ſie als necessaria demjenigen, der zum Streiten und ſomit zur Litis-Conteſtation genöthigt war, keinen Nachtheil bringen konnte. Juſtinian ſelbſt bedient ſich auch des Ausdrucks: si enim novatur judicati actione prior contractus in der

Const. 3. C. de usur. rei judic. (7, 54.)

Nicht nur aber eine Novation, ſondern auch ein Aufheben der actio, ſey es nun ipso jure oder ope exceptionis, bringt die Litis-Conteſtation hervor, wenn nehmlich der Kläger abgewieſen oder der Beklagte entbunden wird, wie Gajus in dem oben S. 299 u. 300 abgedruckten §. 180. richtig bemerkt. Was aber das weitere Schickſal der in der denuntiatio beſtandenen litis-contestatio betrifft, wovon unſer Verfaſſer ſchon früher (vgl. I. Band S. 359) gehandelt hat, und worüber auch Mühlenbruch

Lehre von der Ceſſion der Forderungs-Rechte. 2te Auflage. Greifswalde 1826. §. 8. S. 68—70.

Heffter, Inſtitutionen des römiſchen und deutſchen Proceſſes. Bonn 1825. S. 288—291. und

Zimmern, Geſchichte des Römiſchen Privatrechts, 3ter Band. Heidelb. 1829. §. 117. S. 352—355. §. 143. S. 431—435.

nachzuſehen ſind, ſo finden wir bey Sextus Aurelius Victor

de Caesaribus, cap. 16.

eine freilich ſehr dunkle Stelle, worin er von dem Imperator Marc Aurel, dem Zeitgenoſſen des Gajus, Folgendes berichtet: „Legum ambigua mire distincta, vadimoniorumque solemni remoto, denuntiandaeque litis operiendaeque (ſollte man hier nicht aperiendaeque leſen) ad diem commode jus introductum.“ Gajus meldet uns hievon nichts. Daß Marc Aurel hiedurch die alte Denuntiation ganz aufgehoben habe, ſagt Victor nicht, ſondern er ſagt nur, er habe ein bequemeres Ver-

fahren eingeführt. Worin nun dieſes beſtanden habe? darüber ſind uns die Quellen verſchloſſen. Nur das wiſſen wir gewiß, daß nachher noch eine Denuntiation vorkam. Zwar iſt die Stelle des Paulus, welcher zur Zeit des Imperators Alexander Severus, alſo nach Gajus lebte

Sent. Rec. L. V. tit. 5. A. §. 7.

„Trinis litteris vel edictis, aut uno pro omnibus dato, aut trina denuntiatione conventus, nisi ad judicem, à quo sibi denuntiatum est, aut cujus litteris vel edictis conventus est, venerit, quasi in contumacem dicta sententia auctoritatem rerum judicatarum obtinet, quin imo nec appellari potest ab ea“ — wenn auch nicht ganz unächt, wie Cujace ſchon vermuthete, doch wenigſtens ſo interpolirt, daß wir gar nimmer wiſſen, was Paulus eigentlich damit ſagen wollte. Nach dieſer Stelle ſollte es nehmlich ſcheinen, als ob die denuntiatio vom judex ausgegangen ſey, und man könnte hier gar leicht auf den Gedanken gerathen, als ob die frühere denuntiatio nunmehr in eine citatio übergegangen ſey, allein aus der Imperatoren Diocletian und Maximian

Const. 8. C. quomodo et quando judex (7, 43.)

„Consentaneum juri fuit, temporibus ad praesentiam partis adversae praescriptis, praesidem provinciae impleta juris solennitate, et adversario tuo ternis literis, vel uno pro omnibus peremptorio edicto, ut praesentiam sui faceret, commonefacto, si in eadem contumacia perseveraverit, praesentis allegationes audire: quod vel successor ejus facere curabit. A quo ter citatus si contumaciter praesentiam sui facere neglexerit: non abs re erit, vel ad cogendum eum, ut sese repraesentet, vel possessionem bonorum, cui incumbit, ad te transferre, et adversarium petitorem constituere: vel auditis defensionibus tuis, id, quod juris ratio exegerit, judicare“ — überzeugen wir uns, daß die denuntiatio und die citatio nicht mit einander zu verwechſeln ſind, und daß die letztere erſt dann erfolgen konnte, wenn es mit der Erſteren ſeine Richtigkeit hatte. Wir erſehen ferner aus derſelben Imperatoren

Const. 7. C. quomodo et quando judex (7, 43.)

„Ea, quae statuuntur adversus absentes non per contumaciam, scilicet denunciationibus nequaquam ex more

conventos, judicatae rei firmitatem non obtinere certum est" — daß die von der citatio verſchiedene denunciatio als etwas ſehr Weſentliches betrachtet wurde, womit auch derſelben Imperatoren

Const. 9. C. ej. tit.

„Tres denunciationes ad peremptorii edicti vicem adverſus contumaces convalescere, salubriter statutum est" — übereinſtimmt. Daß nun aber die denunciatio nicht von dem Richter, ſondern von dem Kläger ausgieng, erſehen wir ganz deutlich aus des Imperators Conſtantin

Const. 2. C. Theod. de denunt. vel edit. rescr. (2, 4.)

„Denuntiari vel apud provinciarum rectores, vel apud eos, quibus actorum conficiendorum jus est, decernimus, ne privata testatio, mortuorum, aut in diversis terris absentium, aut eorum, qui nusquam gentium sint, scripta nominibus, falsam fidem rebus non gestis affingat." — Von den Imperatoren Valentinian Valens und Gratian wurde nun die Denunciation für den Fall, daß Jemand ſeine Klage auf eine ganz unbeſtreitbare Urkunde gründe, nachgelaſſen:

Const. 3. C. Theod. ej. tit.

„Exigendae denunciationis locus non est, cum quis ad luendum debitum evidenti chirographo convenitur" — und von den Imperatoren Arkadius, Honorius und Theodoſius wurde dieſe Verordnung noch auf weitere Fälle ausgedehnt:

Const. 6. C. Theod. de denunt. vel edit. rescr. (2, 4.)

„Si quis debiti quod vel ex foenore, vel mutuo data pecunia sumsit exordium, vel ex alio quolibet titulo in litterarum obligationem facta cautione translatum est seu fideicommissi dirigat actionem, aut momentaneam possessionem pervasione violatam, vel quodlibet interdictum eflagitet, seu inofficiosum arguat testamentum, vel tutelae, seu negotiorum actionem intendat, ruptis denuntiationum ambagibus, inter ipsa cognitionum auspicia rationem exprimere, ac suas allegationes jubeatur proponere, denuntiatione et temporum observatione remota, quam in ceteris civilibus causis, quarum tamen aestimatio centum solidorum summam excedat, volumus

20*

custodiri." — Von dieſer Conſtitution finden wir einen freilich höchſt magern Auszug in der

Const. 4. C. de interd. (8, 1.)

„Si quis quodlibet interdictum efflagitet, ruptis veteribus ambagibus, inter ipsa cognitionum auspicia actionem exprimere, ac suas allegationes jubeatur proponere." — Daß aber unter Juſtinian die denuntiatio ganz abkam, und an deren Stelle die citatio trat, geht aus der

Nov. 112. cap. 3.

wohl ziemlich deutlich hervor. Ganz verdrungen hatte alſo Marc Aurel die denuntiatio nicht, ſondern er hatte ihr wohl nur eine andere bequemere Form gegeben. Hatte er wohl verordnet, daß ſie nimmer in jure geſchehen ſollte, ſondern daß ſie auch privatim geſchehen könne? Dieß iſt eine Frage, welche uns nur die Geſchichte löſen könnte. Victors Nachricht, ſo unvollſtändig ſie auch iſt, mag wohl für ſeine Zeitgenoſſen verſtändlich geweſen ſeyn, für uns iſt ſie es nicht. Aber das können wir wohl mit mehr Zuverläſſigkeit annehmen, daß dieſe denuntiatio auch zu der Zeit, wo die frühere legis actiones den formulis weichen mußte — ja daß ſie ſogar noch bis zu Marc Aurel fortbeſtand. Nicht unwahrſcheinlich iſt ferner, daß nach Marc Aurel die denuntiatio nimmer in jure erfolgte. Damit ſtimmen auch die ſpäteren Conſtitutionen, wie ich bereits gezeigt habe, überein. Hiefür ſpricht aber auch noch ein anderer Umſtand, nehmlich der, daß man jetzt eigentlich nimmer recht wußte, von wann an eigentlich lis als contestata anzuſehen ſey. Man ſchien nehmlich von dem Grundſatze auszugehen, daß die litis contestatio eigentlich nur durch einen Act, welcher in jure erfolgte, geſchehen könne, und nun verfiel man wohl darauf, dann litem als contestatam anzunehmen, wann der Kläger dem Prätor ſein Anliegen vorgetragen hatte, und erſt durch die Imperatoren Severus und Antoninus

Const. un. C. de litis cont. (3, 9.)

„Res in judicium deducta non videtur, si tantum postulatio simplex celebrata sit, vel actionis species ante judicium reo cognita. Inter litem enim contestatam et editam actionem permultum interest. Lis enim tunc contestata videtur, cum judex per narrationem negotii

causam audire coeperit" — wurde beſtimmt, daß erſt von da an, wenn der judex durch Erzählung beyder Parthien von dem eigentlichen Streitfall genau unterrichtet worden, lis als contestata anzuſehen ſey. Etwas Aehnliches kam ſchon früher in judicio vor, wie uns Gajus (oben S. 292) berichtet, denn die Verhandlung vor dem judex begann ja mit einer causae collectio oder causae in breve coactio, d. h. damit, daß ſich der judex durch kurze Vorträge der Parthien von dem eigentlichen Streitfall unterrichten ließ. So wurde nun aber die litis contestatio, welche vorher in dem Bereich der Vor-Verhandlungen vor dem Prätor (in jure) Statt fand, in den Bereich des judicium verſetzt, und wie früher — durch die denuntiatio — entſtand nun die Litis Contestatio — durch die causae collectio. Nun ſollte man aus der Aufſchrift des

tit. 20. C. (1, 20.)

„quando libellus principi datus litis contestationem faciat" — faſt vermuthen, daß auch durch eine Eingabe bey'm Imperator die Litis Contestatio habe bewirkt werden können, allein der Imperatoren Arcadius und Honorius

Const. 1. C. (1, 20.)

iſt in der That viel zu dunkel, als daß man hieraus dieſen Schluß ziehen könnte, doch mag hier das Original aus dem Theodoſianiſchen und die Abſchrift oder vielmehr der Auszug in dem Juſtinianeiſchen Codex zur Vergleichung einander gegenüberſtehen.

Const. 10, in Wenk's ergänzter Const. 8. in den älteren Ausg. C. Theod. (1, 2.)

„Dubium non est, contestationem intelligi etiam, si nostrae fuerint tranquillitati preces oblatae, easque adversus heredem quoque ejus, in quem porrectae sunt, vel ab herede ejus, qui meruerit, exerceri. Nam sicut ex causis numerosis etiam haec actio transmittitur ad heredem, quae testatori competiisse monstratur, sic et e diverso juris definitione, consultorum omnium consona responsione firmatur, ab herede actionem non incipere,

Const. 1. C. quando libel. princ. (1, 20.)

„Dubium non est, contestationem litis intelligi, etiam si nostrae fuerint tranquillitati preces oblatae: easque adversus haeredem quoque ejus, in quem porrectae sunt, vel ab haerede ejus, qui meruit, exerceri."

quae non competierit testatori.“ — Merkwürdig iſt aber die Art, wie die Baſilicen dieſe Stelle geben:

L. II. tit. 5. Fr. 9. (Ed. *Fabr.* Tom. I. p. 102. Ed. *Heimb.* Tom. I. p. 86.)

„*Διηνεκῆ ποιεῖ τὴν ἀγωγὴν, ὡς ἐπὶ προκατάρξεων ἡ ποριςθεῖσα τοῦ βασιλεώς ἀντιγραφὴ καὶ κληρονόμῳ καὶ κατὰ κληρονόμων ἁρμόττειν ποιεῖ.* (Hier ſchließt die Stelle in der Fabrottiſchen Ausgabe, die Heimbachiſche aber enthält aus dem Codex Coislianus noch folgenden Beyſatz): „*καὶ παραπέμποντας εἰς κληρονόμους τοῦ κυρίου ἀγωγῆς τελευτήσαντος αἱ ἀγωγαί, καὶ οὐκ ἄρχονται ἀπὸ κληρονόμων, εἰ μὴ ἁρμόσασαι τῷ τελευτήσαντι ἀγωγαί.*“

„Perpetuam reddit actionem quasi lite contestata, libellus principi oblatus et efficit, ut heredi et in heredes competat. (Beyſatz des Coisliniſchen Codex): Et transmittuntur ad heredes domini actionis defuncti actiones, et ab heredibus non incipiunt actiones, nisi quae defuncto competebant.“

— Denn jetzt erſehen wir, daß ein ſolches Reſcript nur theilweiſe die Wirkungen der Litis-Contestatio hervorbrachte, nehmlich

a) hinſichtlich des Uebergangs derjenigen Klagen, welche, wenn nicht ſchon zur Lebenszeit des Erblaſſers lis conteſtirt worden, nicht auf die Erben übergiengen, worüber ich mich hier Kürze halber auf die Ausführung des Verfaſſers §. 503. (S. 195 u. 196) beziehen kann — und

2) darin, daß die Verjährung der Klage dadurch, wie durch die Litis-Conteſtation unterbrochen wird (hievon werde ich weiter unten handeln), was nachher Juſtinian auf die früheren actiones temporales, nehmlich die praetorias beſchränkte (warum? davon gleichfalls unten), nach

Const. 2. C. quando libel. princip. (1, 20.)

„Temporales actiones, quae per oblationem precum et ad eas rescriptionem perpetuantur, definire necessarium esse duximus, ne quis putet ad alias etiam, quae certis taxantur temporibus, hoc pertinere. Sciant igitur omnes, eas tantummodo per oblationem precum et ad eas rescripta perpetuari, quae à Praetore constitutae annali tempore coartatae sunt.“ — Ob ſich aber nicht andere Erſcheinungen lediglich nur durch die Annahme, daß die

Litis-Conteſtation nur in einer Mancipation beſtanden habe, erklären laſſen? iſt eine weitere Frage, welche eine beſondere Unterſuchung verdient. Hiebey kommt nun

a) zuerſt zur Sprache: Wie läßt ſich wenigſtens für die frühern Zeiten ohne dieſe Annahme erklären, daß der Beklagte, welcher die Litis-Aeſtimatio bezahlt hatte, Eigenthümer der vindicirten Sache wurde, da doch urſprünglich nur die Mancipation, die in jure cessio und die usucapio als Arten der Eigenthums-Uebertragung bey rebus mancipi und einigen Rechten vorkommen, die traditio aber bloß auf res nec mancipi beſchränkt war, wie ich auch in meiner Schrift

Die Usucapio und Praescriptio des Römiſchen Rechts. Stuttg. 1832. §§. 6–16. S. 6–22.

nachgewieſen habe. Nun muß ich einmal als ganz richtig zugeben, daß derjenige Beklagte, welcher die Litis-Aeſtimation dem Kläger bezahlt hatte, als Käufer der vindicirten Sache angeſehen wurde, aber hiedurch gieng nicht das dominium civile, das eigentliche quiritarium, ſondern bloß das bonitarium auf ihn über; hiefür ſprechen Papinian

Fr. 63. D. de rei vindic. (6, 1.)

„Ipso quoque, qui litis aestimationem perceperit, possidente, debet adjuvari: nec facile audiendus erit ille, si velit postea pecuniam, quam ex sententia judicis periculo judicati recepit, restituere." — Ulpian

Fr. 7. §. 1. D. de publ. in rem act. (6, 2.)

„Si lis fuerit aestimata, similis est venditioni, et ait Julianus libro vigesimo secundo Digestorum, si obtulit reus aestimationem litis, Publicianam competere."

Fr. 5. §. 1. D. commod. vel contra (13, 6.)

„Si quis hac actione egerit, et oblatam litis aestimationem susceperit: rem offerentis facit."

Fr. 21. §. 2. D. de evict. (21, 2.)

„Et ideo ait, si emptor hominis, mota sibi controversia, venditorem dederit procuratorem, isque victus, litis aestimationem sustulerit, stipulationem duplae non committi: quia nec mandati actionem procurator hic, idemque venditor habet, ut ab emptore litis aestimationem consequatur. Cum igitur neque corpus, neque pecunia emptori absit: non oportet committi stipulationem. Quamvis, si ipse, judicio accepto, victus esset, et litis

aestimationem sustulisset, placeat committi stipulationem: ut et ipse Julianus eodem libro scripsit: neque enim habere licet eum, cujus si pretium quis non dedisset, ab adversario auferretur. Prope enim hunc ex secunda emptione, id est, ex litis aestimatione, emptori habere licet, non ex pristina."

Fr. 3. D. pro emt. (41, 4)

„Litis aestimatio similis est venditioni." — Julian

Fr. 22. pr. D. de act. rer. amot. (25, 2.)

„Si propter res amotas egero cum muliere, et lis aestimata sit: an actio ei danda sit, si amiserit possessionem? movet me, quia dolo adquistit possessionem. Respondi: Qui litis aestimationem suffert, emptoris loco habendus est: ideo si mulier, cum qua rerum amotarum actum est, aestimationem litis praestiterit: adversus vindicantem maritum, vel haeredem mariti, exceptionem habet: et, si amiserit possessionem, in rem actio ei danda est." — Gajus

Fr. 1. D. pro emt. (41, 4.)

„Possessor, qui litis aestimationem obtulit, pro emtore incipit possidere." — Ich muß hier aber ferner bemerken, daß die litis aestimatio dem Verfahren durch die Legis actiones ganz fremd war, und erſt durch die an die Stelle derſelben getretenen formulas aufkam. Den Beweis glaube ich bereits in meiner oben S. 311 angeführten Schrift geführt zu haben, und es mag daher auch die dortige Ausführung

§. 59. S. 86. u. 87.

hier eine Stelle finden. Mit der litis aestimatio hatte es nehmlich folgende Bewandtniß. Gajus

L. IV. §. 48.

berichtet uns: „Omnium autem formularum, quae condemnationem habent, ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est, itaque etsi corpus aliquod petamus (hier findet ſich im Codex eine ziemlich unleſerliche Lücke, welche Heffter

Gaji ICti Instit. Comment. IVtus. Berol. 1827. p. XXIII,

alſo ergänzt: „veluti fundum, mancipium, vestem, aurum argentum aes (vel arte) mutatum", das Letztere, von „aurum" an, läßt er jedoch in ſeiner neueren Ausgabe des Gajus

Bonn 1830. p. 198 u. 199.

weg, Klenze und Böcking

Gaji et *Justin* Instit. jur. Rom. Berol, 1829. p. 238.

ſetzen zwiſchen aurum und argentum das Wörtchen „vel“ und das argentum dem aurum voran, und Hutſchke in ſeinen

Studien des Römiſchen Rechts, Breslau 1830. I. Bd. S. 317.

will ſtatt „mancipium“ — „hominem“ leſen; doch auf dieſe Ergänzung kommt auch wohl nicht ſo ſehr viel an) judex non ipsam rem condemnat eum, cum quo actum est, sicut olim fieri solebat („*sed*“), aestimata re pecuniam eum condemnat.“ Das dieſes „*sed*“ nun von Göſchen hineingeſetzt worden iſt, dieß iſt wohl unzweifelhaft; auch ſtand es in der erſten Ausgabe des Gajus noch nicht, es hat aber den Beyfall der obigen Bearbeiter des Gajus erhalten. Als Gegner dieſes „*sed*“ ſind jedoch Ribbentropp

ad L. 16. §. 5. D. de pign. et L. 9. §. 1. D. de except. p. 6. et 10. not. 13.

und

M. S. Mayer, die Litis-Conteſtation geſchichtlich dargeſtellt. Stuttg. 1830. 1ſte Abth. S. 60—64.

aufgetreten, und Letzterer namentlich ſchlägt folgende Lesart vor: „judex non ipsam rem condemnat eum, cum quo actum est: sicut olim fieri solebat, aestimata re, pecuniam eum condemnat“ — und Beyde behaupten nun, daß ſchon früher und vor Einführung des litigare per concepta verba oder formulas, d. h. ſchon zur Zeit der legis actiones, wovon Gajus

l. s. c. §. 30.

der Beklagte nie zur Herausgabe der Sache, ſondern immer und auch bey dinglichen Klagen nur zu einer Geldleiſtung verurtheilt worden ſey. Ich kann jedoch dieſe letztere Anſicht nicht billigen, denn in der vorliegenden Stelle liegt offenbar ein Gegenſatz; dieſer Gegenſatz aber kann nun entweder in der Verurtheilung in die Sache oder in eine Geldleiſtung (materieller Gegenſatz), oder in der Behandlungsart in der vergangenen und der gegenwärtigen, nehmlich des Gajus Zeit (hiſtoriſcher Gegenſatz) geſucht werden. Warum nun Gajus eines materiellen oder hiſtoriſchen Gegenſatzes hätte erwähnen ſollen, wenn die Sache immer und zur Zeit der legis actiones ſchon ſo behandelt worden wäre, vermag ich nicht einzuſehen; denn es würde

wohl Niemanden aufgefallen ſeyn, wenn auch nachher und nach Einführung der formularum ein Satz fortbeſtanden hätte, welcher ſchon zur Zeit der legis actionum angewendet wurde. Aber dann gerade, wenn durch die formulas etwas eingeführt wurde, was ſich als neu ankündigte, und zur Zeit der legis actionum noch nicht beſtand, war es nöthig, ſich um einen Erklärungs-Grund dieſer Veränderung umzuſehen, und dieſen Erklärungs-Grund findet nun und gibt Gajus in der Faſſung der formularum, weil nehmlich in dieſen die condemnatio *„ad pecuniariam aestimationem concepta"* iſt. Ich trete daher auch dem *„sed"* des Göſchen, wenn es gleich die Auctorität des Codex nicht für ſich hat, bey, und bin überzeugt, daß die litis aestimatio den legis actionibus fremd geblieben, und erſt ein Erzeugniß der ſpätern formularum iſt. — Wenn nun aber die Litis aestimatio bey den früheren legis actionibus gar nicht vorkam, ſo haben wir uns ja um einen Erklärungs-Grund, wie damals ſchon das dominium, nicht quiritarium, ſondern bonitarium, an welch letzteres freilich zur Zeit der legis actionum noch gar nicht gedacht wurde, durch die Bezahlung derſelben auf den Beklagten als Käufer übergehen konnte, gar nicht umzuſehen. Wenn ferner durch die Bezahlung der litis aestimatio keineswegs das dominium quiritarium, ſondern bloß das bonitarium auf denjenigen, welcher ſolche geleiſtet hatte, übergieng, ſo liegt auch hierin ein weiterer Beweis, daß die Litis-Contestatio nicht in einer mancipatio beſtanden habe, denn die mancipatio als modus acquirendi civilis würde ja das volle Eigenthumsrecht, das dominium quiritarium bewirkt haben. Zur Zeit der ſtarren legis actionum aber, welche den Reformen des Prätors nicht Raum gaben, war noch an kein dominium bonitarium zu denken, wie wir aus Gajus

L. II. §. 40.

erſehen: „Sequitur ut admoneamus, aput peregrinos quidem unum esse dominium, ita ut dominus quisque sit, aut dominus non intellegatur. Quo jure etiam populus Romanus olim utebatur: aut enim ex jure Quiritium unusquisque dominus erat, aut non intellegebatur dominus. Set postea divisionem accepit dominium, ut alius possit esse ex jure Quiritium dominus, alius in bonis

habere.“ — Das „olim“ des Gajus bezieht ſich offenbar auf die Zeit der legis actionum, das postea auf die der formularum. Die ſpätere Doctrin aber ſah es als eine ſehr natürliche Sache an, daß der Beklagte, welcher die litis aestimatio bezahlt hatte, als Käufer angeſehen werde, denn jede weitere Klage würde ja nur wieder Litis Aestimatio, welche ja der Beklagte bereits bezahlt hatte, geführt haben. Zudem da (wie ich ſchon oben I. Band S. 443 gezeigt habe), die rei vindicatio eine arbitraire Klage war, auch der Kläger, wenn ihm an der Reſtitution der Sache gelegen war, auf Vollſtreckung des jussus judicis dringen konnte, und wenn er und der Beklagte die condemnatio der restitutio vorzogen, hierin offenbar eine ſtillſchweigende Uebereinkunft, daß der Kläger gegen Erſtattung der litis aestimatio dem Beklagten die Sache überlaſſen wolle, lag, ſtellt ſich nun auch die Analogie des Kaufs und Verkaufs als ſehr ſprechend dar;

b) ſpricht zwar Gajus ausdrücklich von einer imaginaria solutio, oder vielmehr von einer beſondern Form der Zahlung

L. III. §§. 173—175.

§. 173. „_Est_ etiam alia species imaginariae solutionis per aes et libram. Quod et ipsum genus certis in causis receptum est, veluti si quid eo nomine debeatur, quod per aes et libram gestum est, sive quid ex judicati causa debitum (_sit_). §. 174. Adhibentur autem non minus quam quinque testes et libripens. Deinde is, qui liberatur, ita oportet loquatur: _quod ego tibi tot milibus eo nomine_ **** **** ******** *** _solvo liberoque hoc aere aeneaque libra. Hanc tibi libram primam postremam_ ***** ** **** ** ******** deinde asse percutit libram, eumque dat ei, a quo liberatur, veluti solvendi causa. §. 175. Similiter legatarius heredem eodem modo liberat de legato, quod per damnationem relictum est, ut tamen ***** ***** ******** **** esse significat ************ esse dicat. De eo tamen tantum potest hoc modo liberari, quod pondere, numero constet, et ita, si certum sit, quidam et de eo, quod mensura constet, _idem_ existimant.“ — Nun iſt es allerdings etwas Auffallendes, daß bey der Zah=

lung einer judicatmäßigen Schuldigkeit die Form der früheren Zahlung, wo noch keine geprägte Münze vorhanden war, ſondern dieſe bloß nach dem Gewicht beſtimmt wurde, und ſomit nur gewogen werden konnte, wie uns Gajus belehrt:

l. c. L. I. §. 122.

„Ideo autem aes et libra adhibetur, quia olim aereis tantum nummis utebantur etc., eorumque nummorum vis et potestas non in numero erat, sed in pondere erat" — zurückblieb. Allein einmal ſagt Gajus noch nicht, daß dieſe Form bey der Zahlung einer judicatmäßigen Schuldigkeit aus dem Grunde Statt fand, weil etwas, was per aes et libram gestum est — bey dem Judicat vorhanden ſey, ſondern er ſtellt nur das Judicat den per aes et libram gestis gleich. Das per aes et libram gestum aber nannte man nexum, nach Feſtus

De V. S. voce „nexum"

„Nexum est, ut ait Gallus Aelius, quodcunque per aes et libram geritur, idque necti dicitur, quo in genere sunt haec, testamenti factio, nexi dando (datio), nexi liberando (liberatio") und„ Nexum aes apud antiquos dicebatur pecunia, quae per nexum obligatur" — ſodann

Varro de ling. lat. Ed. *Spengel.* Berol. 1826. p. 382.

„Nexum Mamilius scribit, omne quod per libram et aes geritur, in quo sint mancipia. Mutius, quae per aes et libram fiant, ut obligentur, praeterquam (quae Vulg.) mancipio detur; nam idem quod obligatur per libram neque suum fit, inde Nexum dictum. Liber, qui suas operas in servitute pro pecunia, quam debebat, dat, dum solveret, „*Nexus*" vocatur, ut ab aere „*Obaeratus.*" — Sehr deutlich ſind nun wohl dieſe beyde Erklärungen nicht, allein wir ſehen doch das wenigſtens daraus, daß die nexi datio nicht mit „mancipatio" identiſch iſt. Mamilius zwar behauptet dieß. Allein Mutius, welchem Allem nach auch Varro beytritt, behauptet gerade das Gegentheil, und ſchließt das mancipio datum von dem nexum aus, denn einen andern Sinn kann das „praeterquam" hier nicht haben, denn ſonſt würde ja die Erklärung des Mutius mit der des Mamilius übereinſtimmen. Mutius aber ſagt ausdrücklich nur dasjenige, was per libram nicht in das Eigenthum deſſen, welcher es erhalten, übergegangen, ſey „Nexum" genannt worden, und

Feſtus nennt hier namentlich die testamenti factio, worunter er die testamenti factio per aes et libram verſteht, wo der familiae emtor ſich folgender Worte bediente, nach Gajus L. II. §. 103.
„*Familiam pecuniamque tuam endo mandatam tutelam custodelamque meam recipio*“ (nach Huſchke Studien des Römiſchen Rechts, I. Bd. Breslau 1830. S. 245. „Familiam pecuniamque tuam endo mandatela, tutela custodelaque mea (ex jure Quiritium esse ajo), „*eaque, quo tu jure testamentum facere possis secundum legem publicam hoc aere,* et ut quidam adjiciunt aeneaque libra, *esto mihi emta.*“ — Allein alles dieß macht die Sache noch nicht klar. Verſuchen wir daher, uns etwas klarer zu machen, was es denn eigentlich mit dem nexum oder dem per aes et libram gestum für eine Bewandtniß hatte. Wenn Jemand urſprünglich von einem Andern etwas erhalten hatte, was gewogen wurde, worunter, wie ich oben gezeigt habe, auch das Geld, ſo lange es nehmlich noch keine geprägte Münze gab, gehörte, der wurde per aes et libram obligirt, und dieſe Obligatio konnte nur wieder per aes et libram aufgelöst werden. Denn aus eben demſelben Grunde, aus welchem derjenige, welcher dem Andern in der Abſicht, ihn verbindlich zu machen, etwas zuwog, mußte auch der Verbindlichgewordene bey der Rückgabe es wieder zuwägen, weil nur durch das Zuwägen man ſich davon überzeugen konnte, ob und was gegeben oder zurückgegeben worden ſey? — Dieß verſtand ſich nun, ſo lange es noch keine geprägte Münze gab, von ſelbſt. Sobald es aber einmal geprägte Münze gab, war das Zuwägen nicht mehr nöthig. Dieſes Zuwägen, urſprünglich durch den Mangel an geprägter Münze entſtanden, hätte aber, ſobald geprägte Münze, welche zugezählt werden konnte, einmal vorhanden war, aufhören ſollen, weil der Grund, aus welchem es früher nicht zugezählt, ſondern bloß zugewogen werden konnte, nun einmal aufgehört hatte, und nur da, wo fortan noch zugewogen werden mußte, hätte auch fortan von einer obligatio per aes et libram die Rede ſeyn können. Dasjenige, was einmal zugewogen war, mußte aber auch ſpäter noch, um die obligatio aufzulöſen, wieder zurückgewogen werden, und hatte nun

Jemand einem Andern in der Abſicht ſich verbindlich zu machen, geprägte Münze oder etwas Anderes mit Beybehaltung der alten Form zugewogen, wofür dieſer Erſatz an Münze zu leiſten hatte, ſo hielt man — da nun einmal gerade der Act des Zuwägens für die zugewogene Sache oder Summe ein eigenes Rechtsverhältniß gebildet hatte, und die Sache immer noch in einigem Verband mit dem Zuwägenden zu ſtehen ſchien, ein Verband, in welchem die Sache ſelbſt — denn ſie war das nexum — ſtand — die bloße Bezahlung, d. h. das Zuzählen und Zurück- oder Bezahlen der geprägten Münze noch nicht für hinreichend, um dieſen Verband aufzulöſen, ſondern man mußte noch — lediglich zu Löſung dieſes Verbandes — zu dem Zuwägen bey der Rückzahlung, welche hier Gajus ganz richtig eine bloße imaginaria, d. h. bloß formelle oder ideelle Zahlung nennt, ſeine Zuflucht nehmen. Denn durch die reelle Zahlung ſchien im Grunde, und da durch ſie das nexum nicht aufgelöst wurde, noch nichts gethan zu ſeyn, da das nexum durch die bloß materielle Zahlung ohne die Form des Zuwägens nicht aufgelöst wurde. Nun kann man aber nicht annehmen, daß auch bey der Litis Contestatio ein ſolcher Act per aes et libram vorgekommen, und daß daher auch bey dem Judicat eine nicht bloß reelle, ſondern auch eine formelle Zahlung habe Statt finden müſſen, denn die Faſſung des Gajus gibt uns hiezu nicht die mindeſte Veranlaſſung; er ſtellt hier das Judicat durchaus nicht dem per aes et libram gestum gleich, ſondern er ſagt nur, daß dieſe Art der imaginaria solutio auch bey dem Judicat Statt finde, und daß hier nicht derſelbe Grund obwalte, geht aus ſeinem sive, wodurch er das Judicat und das per aes et libram gestum beſtimmt unterſcheidet, unverkennbar hervor. Dafür aber läßt ſich denn auch ein hinreichender anderwärtiger Grund anführen. Durch das Judicat entſtand nehmlich, wenn der Verurtheilte demſelben nicht Genüge leiſtete, für den Kläger die Befugniß der manus injectio, wovon Gajus

Li. VI. §. 21.

handelt, denn durch dieſe manus injectio wurde ja der Verurtheilte, wie wir aus obiger Stelle des Varro erſe-

hen, ſelbſt ein Nexus, und um nun dieſem Schickſal zu entgehen, mußte er der reellen Zahlung noch die formelle beyfügen. Von dieſer formellen Zahlung des Judicats enthält nun auch Livius

Histor. Rom. L. VI. cap. 14.

ein Beyſpiel: „Inde rem creditori palam populo solvit, libraque et aere liberatum emittit“ — denn aus dieſer Stelle ergibt ſich klar, daß ſich die liberatio auf das Schickſal, nexus zu werden, oder bereits geworden zu ſeyn, bezog. — Da alſo auch hier ein nexum zwar nicht rei wie bey den per aes et libram gestis, ſondern vielmehr personae zu löſen war, ſo ergibt ſich deutlich, aus welchem Grunde das Judicat einerſeits den per aes et libram gestis ähnlich war, und in wie weit es von ihnen verſchieden war. Ein nexum war nehmlich bey beyden vorhanden, aber bey dem erſteren ein nexum personae, bey den andern ein nexum rei, beydes aber konnte nur durch das Zuwägen als formelle Zahlung gelöst werden, und weil bey dem Judicat eine andere Weiſe, das nexum zu löſen, nicht wohl denkbar war, ſo wählte man die Art, das nexum rei zu löſen, auch bey dem nexum personae. Daß aber meine Anſicht über das nexum und die per aes et libram gesta die richtige ſey, geht auch aus dem oben S. 316 abgedruckten §. 175. des Gajus ganz unzweydeutig hervor. Denn das Damnations-Legat unterſchied ſich ja von den übrigen frühern Legatsarten nach Gajus

L. II. §. 204.

„Quod autem ita legatum est, post aditam hereditatem, etiamsi pure legatum est, non ut per vindicationem legatum continuo legatario adquiritur, sed nihilominus heredis est, ideo legatarius in personam agere debet, id est, intendere heredem sibi dare oportere: et tum heres (*rem*), si mancipi sit, mancipio dare, aut in jure cedere, possessionemque tradere debet; si nec mancipi sit, sufficit si tradiderit. Nam si mancipi rem tantum tradiderit, nec mancipaverit, usucapione *demum* pleno jure fit legatarii:“ — vorzüglich darin, daß der Legatar auf Leiſtung des Vermächtniſſes klagen mußte. Nun war aber durch die emtio hereditatis für den familiae emtor, welcher den Erben eigentlich repräſentirte (vgl. den

oben S. 316 abgedruckten §. 175. des Gajus), ein nexum entſtanden, welches nur wieder per aes et libram gelöst werden konnte; daß ſich aber dieſes nexum nun wieder auf ſolche Sachen, quae pondere et numero constant, bezog, ſagt ja Gajus ausdrücklich, und nur das führt er als eine Controverſe an: ob auch bey denjenigen Sachen, welche gemeſſen wurden, eine imaginaria solutio habe Statt finden müſſen.

c) Belehrt uns zwar Gajus

L. IV. §. 9.

„Rem vero et poenam persequimur, velut ex his causis, ex quibus adversus inſitiantem in duplum agimus: quod accidit per actionem judicati, depensi, damni in*juriae* — — — — — — legatorum nomine quae per damnationem certa relicta sunt“ — und

§. 171.

„* * * dupli * * * * * * * * velut si judicati, aut depensi aut damni injuriae, aut legatorum per damnationem relictorum nomine agitur.“ — Paulus

Sent. Rec. L. I. tit. 19. §. 1.

„Quaedam actiones si à reo inficientur, duplantur: velut judicati depensi, legati per damnationem relicti, damni injuria legis Aquiliae, item de modo agri, cum à venditore quis deceptus est“ — daß die actio judicati im Abläugnungsfalle auf das duplum gehe; allein es iſt hier wohl zu bemerken, daß die actio judicati an die Stelle der legis actio per manus injectionem getreten iſt, und daß wohl deßwegen, weil dem Gläubiger die letztere ein kräftigeres Mittel an die Hand gab, die actio judicati gleich andern früheren Klagen auf das duplum geſtellt wurde, wobey wohl auch der Gedanke vorherrſchend war, daß derjenige, welcher erſt die urſprüngliche Verbindlichkeit, und nachher das Judicat abgeläugnet, durch dieſes zweymalige Abläugnen das duplum wohl verdient habe. — Es liegt ſomit nirgends ein Grund zu der Annahme vor, daß die Litis-Conteſtation urſprünglich in der Mancipation oder in dem gestum per aes et libram geſtanden habe, ſondern ſie lag vielmehr früher in der denuntiatio, und nachdem auch dieſe untergegangen war, und man ſomit den Zeitpunkt

nicht

nicht mehr recht wußte, von welchem an lis als conteſtirt anzuſehen ſeye? beſtimmten nun die Imperatoren Sever und Antonin einen andern Zeitpunkt hiefür. Unerachtet dieſer Veränderung aber blieben die Wirkungen der Litis-Conteſtation dieſelben. Ganz im Geiſte der Imperatoren Sever und Antonin drückt ſich auch das Canoniſche Recht in der von dem Verfaſſer S. 174 angeführten und dort abgedruckten Stelle über die Litis-Conteſtation beziehungsweiſe deren Eintritt aus. Wenn aber der Verfaſſer a. o. a. O. noch weiter bemerkt, daß die Litis-Conteſtation nur vom Beklagten geſchehe, ſo liegt in dieſer Behauptung offenbar ein Doppelſinn, welcher leicht zu Mißverſtändniſſen führen könnte. Wollte man nehmlich hierunter das verſtehen, daß der Beklagte allein litem conteſtiren könnte, ſo wäre dieß ganz irrig. Setzen wir nehmlich den Fall, daß Jemand, welchem eine Klage droht, noch ehe dieſelbe gegen ihn angebracht iſt, ſich zu dem betreffenden Richter begibt, und dieſem erklärt: Er höre, daß der A. eine Klage der oder jener Art bey ihm gegen ihn als Beklagten anbringen wolle, die ganze Klage beruhe aber auf unwahren Behauptungen, welchen er hiemit vorläufig auf's Feierlichſte widerſpreche, und ſie hiemit abgeläugnet haben wolle. Wer würde wohl in dieſem Falle behaupten wollen, daß bereits eine Litis-Conteſtation vorhanden ſey? Die Litis-Conteſtation ſetzt nehmlich als weſentliches Erforderniß voraus: daß

a) eine Klage bereits angeſtellt iſt, und

b) der Beklagte auf die bereits angeſtellte Klage ſich eingelaſſen hat. Ohne Klage läßt ſich alſo eine Litis-Conteſtation gar nicht denken, und die Grundlage der Litis-Conteſtation iſt die Klage. Den Stoff zu derſelben muß ſomit der Kläger geben, und der Beklagte vollendet nur durch ſeine Erklärung auf die ihm an die Hand gegebene Grundlage dieſen Act. — Wenn unſer Verfaſſer a. o. a. O. weiter behauptet, daß das bloße Vorſchützen zerſtörlicher Einreden für keine Litis-Conteſtation angeſehen werden könne, und daß derjenige, welcher ſich bloß zerſtörlicher Einreden bedient, die Klage damit noch nicht zugeſtehe, ſo bin ich zwar hier auch ſeiner Anſicht, allein es kommt in der That hier Alles

darauf an, was man denn eigentlich unter zerſtörlichen Einreden verſtehe. Mit dem Worte exceptio bezeichnete das Römiſche Recht und die Römiſche Jurisprudenz keineswegs die Behauptungen des Klägers, daß eine Verbindlichkeit aufgelöst worden ſey, daß der Verbindlichgewordene ſich durch die Leiſtung bereits derſelben erledigt habe, ſondern ſie bezeichnete damit nur, wenn der Beklagte behauptete, daß eine ſolche Verbindlichkeit bey ihm ausnahmsweiſe entweder urſprünglich nicht habe Platz greifen können, oder wenigſtens jetzt nicht mehr Platz greife. Wenn alſo der Beklagte, welcher auf Rückzahlung eines Darleihens belangt worden, dem Kläger erwiedert hätte, daß er ja die Schuld ſchon lange zurückbezahlt habe, ſo hätte dieß die Römiſche Jurisprudenz gewiß nicht für eine exceptio angeſehen, ſondern ſie würde ſo geſchloſſen haben, wer behauptet, daß er eine gewiſſe Schuld zurückbezahlt, gibt eben damit zu, daß er eine ſolche contrahirt habe, die durch die Zahlung erfolgte Aufhebung ſeiner Verbindlichkeit aber hat der Beklagte zu erweiſen. Ganz anders würde ſich die Sache herausſtellen, wenn der Beklagte, welcher z. B. Hausſohn iſt, erwiedern würde, daß ihm das Senatus Consultum Macedonianum zu Statten komme, oder ein Frauenzimmer, welche ſich für einen Andern verbürgt hat, daß ihr ja jedenfalls die exceptio Senatus Consulti Vellejani zuſtehe, denn hier bleibt es ja unentſchieden, ob nur je eine Verbindlichkeit vorhanden geweſen ſey. Die exceptiones facti ſind eine von der Praxis übrigens aufgenommene Erfindung der Gloſſatoren, und ich beziehe mich deßfalls lediglich auf meine Bemerkungen, I. Bd. S. 513 ff. Allerdings konnten nach früherem Römiſchen Rechte Fälle vorkommen, wo neben der Behauptung, daß eine Verbindlichkeit aufgelöst worden, der Beklagte noch zu einer exceptio in Beziehung auf die Art der Auflöſung des „tollere obligationem“ ſeine Zuflucht nehmen mußte. Denken wir uns nehmlich den Fall, von welchem oben S. 315 ff. ſchon die Rede war, und wonach um eine judicatsmäßige Zahlung zu leiſten, eine beſondere Form der Zahlung, die solutio imaginaria, nothwendig war, und ſetzen wir folgendes Beyſpiel: Der Gläubiger hatte per aes et libram Jemand ein Darleihen gegeben, der Schuldner gab dieſes

Darleihen ganz einfach und ohne die Form per aes et libram zu wahren, zurück. Später wird nun der Schuldner von dem Gläubiger auf Rückzahlung belangt. Der Schuldner erwiedert nun: daß er ja das Darleihen längſt zurückbezahlt habe. Der Gläubiger aber replicirt: daß der Schuldner ihm das Darleihen zurückbezahlt habe, ſey ganz richtig, dieß ſey aber nur auf ganz einfache und formloſe Weiſe geſchehen, und die Form per aes und libram ſey nicht gewahrt worden, es ſey alſo ſomit zwar eine wirkliche materielle Zahlung, eine solutio naturalis, aber keine civile, keine solutio juris civilis erfolgt, und hier wird ihm nun der Beklagte in Form einer exceptio, hier duplicatio, erwiedern: der Prätor erkennt dadurch, daß er mir die exceptio gab, an, daß er die naturalis der civilis solutio gleichſtelle. Aber auch hier würde angenommen werden müſſen, daß der Beklagte die Schuld zugeſtanden habe, und ſeine exceptio bezog ſich nur auf die Art der solutio. Das Gleiche wäre der Fall, wenn der Gläubiger dem Schuldner die Schuld nur in einem pactum erlaſſen hätte, denn auch hier iſt das Vorbringen des Beklagten, daß ſolches geſchehen ſey, rein factiſcher Art, und die exceptio pacti conventi bezieht ſich nur auf die Gleichſtellung des pacti mit den contractibus. Eben ſo würde derjenige, welcher in einem judicium non legitimum von der Klage freygeſprochen worden iſt, und nachher vor einem legitimum oder non legitimum wieder mit derſelben Klage belangt wird, ſich einem ferneren gerichtlichen Verfahren unterwerfen müſſen, wenn nicht der Prätor die beyderley Arten von judiciis einander gleichgeſtellt hätte. Aber der Prätor konnte dieſe beyden Arten von judiciis einander nur materiell, nicht formell gleichſtellen. Der bloß formelle Unterſchied zwiſchen beyden Fällen aber beſtand darin: wer in judicio legitimo freygeſprochen war, den konnte der Kläger in der Regel wenigſtens (vgl. S. 301 ff.) mit derſelben Klage nimmer belangen, und hätte er doch den Verſuch bey dem Prätor gemacht, ſo würde ihn ſchon dieſer (in jure) abgewieſen haben, weil er gar keine Klage mehr hatte. Dagegen konnte er den in non legitimo judicio abgewieſenen Kläger nicht geradezu abweiſen, er mußte ihm eine Klage ertheilen, und damit dieſe unſchäd-

lich werde, ſtattete er den Beklagten mit einer in judicio ſchützenden Einrede aus. Man ſieht ſchon hieraus, daß die ganze Lehre des Römiſchen Rechts von den Exceptionen zunächſt nur auf der potestas edicendi, und der Rolle des Prätors, welche er im gerichtlichen Verfahren ſpielte, beruhte, und daß das Römiſche Recht noch keine exceptiones facti kannte, ſondern nur exceptiones juris, wie man ſie jetzt im Gegenſatze gegen die erſteren nennt, und daß alſo der Satz des Römiſchen Rechts: qui excipit, non fatetur, lediglich auf letztere zu beſchränken iſt.

§§. 500—502. S. 175—590.

Dieſe §§. muß ich übergehen, nicht — weil ich nichts dabei zu bemerken hätte, ſondern weil ſie mich zu tief in das Proceßrecht hineinführen würden, welch' letzteres außer meinem Plane liegt.

§. 503. S. 190—205.

Ich halte es nicht für zweckmäßig, hier mich in eine allgemeine Darſtellung über die Wirkungen der Litis-Conteſtation einzulaſſen, denn dieſe kann gewiß nur bey den einzelnen Materien gründlich gegeben werden, allein die Darſtellung des Verfaſſers über die Wirkungen der Litis-Conteſtation in Abſicht auf die Klage und deren Perpetuation 1 a) (S. 193 — 195) macht es nothwendig, hier ſchon Einiges zu bemerken. Man muß hier nehmlich offenbar zwiſchen

a) der erwerbenden, und

b) der reinen Klagenverjährung unterſcheiden. Zu

a) aber müſſen wir wieder

α) zwiſchen der eigentlichen erwerbenden Verjährung — usucapio — und

β) dem Analogon derſelben — der früheren praescriptio — unterſcheiden. Nun wurde

a. α) die frühere usucapio durch die Litis-Conteſtation nicht unterbrochen,

vgl. meine Schrift: Die Usucapio und Praescriptio des Römiſchen Rechts. Stuttg. 1832. §. 81. S. 181—184.

a. β) die frühere praescriptio aber wurde durch die Litis-Conteſtation unterbrochen, und zwar in der Art, daß wenn der Kläger nachher die Klage wieder ruhen ließ, er

die unterbrochene Präſcription weder fortſetzen, noch auf's Neue beginnen konnte,

a. o. a. O. §. 92. S. 199—201.

und hiebey hatte es auch, nachdem Juſtinian die frühere Präſcriptionsfriſt

a. o. a. O. §. 105. S. 223—229.

auf die Uſucapion übertragen hatte, ſein Bewenden

a. o. a. O. §. 106.

Betreffend aber

b) die Klagenverjährung, ſo konnte von einer ſolchen früher und vor der Conſtitution Theodos II.

a. o. a. O. §. 112. S. 240—245.

wohl keine Rede ſeyn, denn wenn es auch gleich früher ſchon ſolche Klagen gab, welche nur eine gewiſſe Friſt hindurch dauerten, ſo war jedoch an eine eigentliche Klagenverjährung im nachherigen Sinne des Worts noch nicht zu denken, ſondern es waren vielmehr jene Klagen nur an eine gewiſſe Friſt, innerhalb welcher ſie angeſtellt werden konnten, gebunden;

a. o. a. O. §. 109. S. 232—239.

Nachdem aber Theodoſius II. die Klagenverjährung eingeführt hatte, verordnete er zugleich, daß die Unterbrechung nicht durch die Litis-Conteſtation, ſondern ſchon dann erfolge, wenn „allegato sacro rescripto, aut in judicio postulatione deposita, fuerit subsecuta conventio", alſo ſchon dann, wenn dem Beklagten die Klage, und zwar wie Juſtinian dieſe Conſtitution emendiren ließ, per executorem, d. h. durch einen Gerichtsdiener mitgetheilt wurde;

a. o. a. O. §. 112. S. 241 u. 243.

Die ſo unterbrochene Klagenverjährung begann aber ſogleich nach der Litis-Conteſtation auf's Neue in der Art wieder zu laufen, daß, wenn der Kläger die Sache nachher 30 Jahre lang ruhen ließ, die Klagenverjährung wieder eingetreten war. So nach der Theodoſianiſchen Conſtitution,

a. o. a. O. S. 241.

welche aber Juſtinian dahin abänderte, daß die Klagenverjährung, wenn der Kläger die Sache beruhen ließ, erſt von dem letzten gerichtlichen Act, ex quo novissima processit cognitio, zu laufen anfieng, und 40 Jahre lang dauerte;

a. o. a. O. §. 120 S. 263 u. 264.

§. 508. S. 224—228.

Ueber den Perhorrescenz-Eid iſt von Neuern noch Geſterding

Die Verwerfung des verdächtigen Richters und beſonders vom juramento perhorrescentiae (im Archiv für die civiliſtiſche Praxis, 6ter Band. Heidelberg 1823. S. 238—251. und in der Ausbeute von Nachforſchungen über verſchiedene Rechtsmaterien, I. Bd. Greifswalde 1826. S. 87—116.)

zu vergleichen.

§. 511. S. 255—264.

Zu vergleichen iſt auch

Geſterding, Beyträge zur Lehre von den Gerichtsſtänden, 2. Forum originis (im civiliſtiſchen Archiv, VII. Bd. Heidelberg 1824. S. 422—427. und in der o. a. Ausbeute, III. Bd. Greifswalde 1830. S. 49—53.

§§. 512—515. S. 264—293.

Hierüber iſt auch nachzuſehen

Geſterding, a. d. o. a. O. S. 412—442. u. S. 37—49.

§. 516. S. 296—308.

Ueber den Gerichtsſtand des Contracts iſt noch zu vergleichen

Linde im civiliſtiſchen Archiv, VII. Band. Heidelberg 1824. S. 59—79.

Bethmann Hollweg, Verſuche über einzelne Theile der Theorie des Civilprozeſſes. Berlin 1827. I. Ueber den Gerichtsſtand des Contracts S. 1—53.

Briel, Gerichtsſtand aus perſönlichen Verbindlichkeiten. München 1828.

Linde, Abhandlungen aus dem deutſchen gemeinen Proceſſe ꝛc. II. Band. Bonn 1829. „Bemerkung über den Gerichtsſtand für vertragsmäßig eingegangene Verbindlichkeiten.“ S. 75—121.

§. 519. S. 324—330.

Ueber den Gerichtsſtand der gelegenen Sache iſt zu vergleichen

Bayer, „Ueber das forum rei sitae bey petitoriſchen Erbſchaftsklagen“, im Archiv für die civiliſtiſche Praxis. VI. Band. Heidelberg 1823. S. 180—188.

Bethmann Hollweg a. o. a. O. S. 53—77.

Heffter, über den Gerichtsſtand der gelegenen Sache (im gedachten Archiv. X. Bd. Heidelb. 1827. S. 201—217.)

§. 521. S. 337—339.

Zu vergleichen ſind auch die bey'm §. 516. angeführten Schriftſtellen.

§. 530.

Vergl. die Bemerkungen zu §. 285. I. Band, S. 482. ff.

Tit. 2.

De inofficioso testamento.

---

§§. 535—561. S. 527—580. des VI. und S. 1—490 des VII. Bandes.

Vor allen Dingen iſt hier die von dem Verfaſſer Anm. 85. S. 527—528 angegebene Literatur zu ergänzen. Hieher gehören nun

Koch, Bonorum possessio, literariſches Teſtament nebſt Commentar, Reviſion und Codicill, Gießen 1799. S. 107—186. Eine Recenſion über die vom Verfaſſer angeführte Schrift „Steins" findet ſich S. 516—523.

Schrader, Comment. de nexu success. ab intest. et querelae inofficiosi testamenti. Gött. 1800.

Schweppe, Diss. de querela inofficiosi testamenti successori necessario in genere tali in unoquoque casu concedenda nec ne. Gött. 1803.

Gamsjæger, Testamentum in genere, in specie inofficiosum una cum remediis juris. Mannh. 1805.

Planck, Diss. de nexu et habitu inter diversas successionis necessariae species, et differentias ac convenientias inter eas intercedentibus ex jure novissimo. Gött. 1806.

Cralle, Commentatio Historico-Juridica de portione legitima secundum jus Romanum. Bonnae 1820. (Hieher gehört vorzüglich die Sectio V. p. 60—76). Hiezu ſind auch zu vergleichen die Bemerkungen des Du Caurroy de la Croix in der Themis ou Bibliotheque du Jurisconsulte. Paris 1820. Tom. II. p. 393—395.

Klenze, Querelae inofficiosi testamenti natura ex principiis Juris Romani Antejustinianei eruta. Berol. 1820.

Zimmern, Ueber einiges Eigenthümliche der querela inofficiosi testamenti (in deſſen und Neuſtettels Römiſch-Rechtlichen Unterſuchungen. Heidelb. 1821. S. 46—47.)

Förſter, de bonorum poſſeſſione liberorum praeteritorum contra tabulas parentum. Diſs. Vratisl. 1823. (enthält zwar die Lehre von dem teſtam. inoffic. zunächſt nicht, worüber ſich der Verfaſſer S. 461 eine eigene Abhandlung vorbehalten hatte, allein als Einleitung hiezu iſt dieſe Schrift ſehr zu empfehlen).

Haubold, de differentiis inter teſtamentum nullum et inofficioſum (in ejuſd. Opuſc. Academ. Vol. I. Lipſ. 1825. Ed. *Wenck*, und hiezu Wenck in der Vorrede p. XXII). Dieſe Diſſertation iſt ſchon vom Jahr 1784, und wird hie und da auch unter dem Namen Winkler's angeführt, allein Haubold ſelbſt war der Verfaſſer, und Winkler nur Präſes (vgl. Wenck in der a. Vorrede p. XX u. XXI).

Ganns, das Erbrecht in weltgeſchichtlicher Entwicklung II. Bd. Berlin 1825. S. 120—135. u. 409—412. Zu vergleichen ſind auch deſſen „Scholien zum Gajus. Berlin 1820." S, 292—296.

Valett, das Recht der nothwendigen teſtamentariſchen Berückſichtigung gewiſſer Verwandten, oder das ſogenannte Notherbenrecht. Göttingen 1826.

Hartitzſch, das Erbrecht nach Römiſchen und deutſchen Rechten. Leipzig 1827. §§. 128—135. S. 118—126.

Geſsner, Obſerv. de jure ſucced. ex Nov. 115. Baſil. 1828.

Bluntſchli, Entwicklung der Erbfolge gegen den letzten Willen. Bonn 1829. S. 128—310.

Schilling, Bemerkungen über Römiſche Rechtsgeſchichte. Leipzig 1829. S. 191—193.

Franke, das Recht der Notherben und Pflichttheils-Berechtigten. Göttingen 1831. Cap. 3. §§. 20—26. S. 250—349. u. 4. Cap. §§. 27—30. S. 350—391.

Roßhirt, Einleitung in das Erbrecht und Darſtellung des ganzen Inteſtaterbrechts, beſonders nach Römiſchen Quellen. Landshut 1831. §. 26. S. 381—405.

Von einzelnen dieſe Materie betreffenden Abhandlungen habe ich noch anzuführen:

Krondal: Findet die querela inoffic. teſtam., oder richtiger die querela nullitatis ex Nov. 115. zu Gunſten des Vaters gegen eine letztwillige Verfügung ſeines Adoptivkindes Statt? (im Archiv für die civil. Praxis, IV. Bd. Heidelb. 1821. S. 384—391.)

und

Marezoll, „Inwieferne geht die querela inoffic. teſtam. auch unvorbereitet auf die des Pflichttheils berechtigten Deſcendenten über" (in der Zeitſchrift für Civilrecht und Proceß, III. Bd. Gießen 1830. S. 343—354.)

Ehe ich nun zur Erläuterung dieſes Titels übergehe, mag hier das erläuternde Scholion der Baſiliken

L. XXXIX. tit. 1. Ed. *Fabr.* Tom. V. p. 221—223.

eine Stelle finden. Ich gebe es abſichtlich ganz, um den Ideengang des Scholiaſten auf keine Weiſe zu unterbrechen.

„Περὶ τῶν ἀκαθηκόντως διατιθεμένων καὶ ἀλόγως ποιούντων ἐξνερεδάτους τοὺς παῖδας, ἢ καὶ σιωπῇ παρατρεχόντων, ὁ τίτλος διαλαμβάνειν ἐπαγγέλλεται, καὶ περὶ τῆς ἀγωγῆς ἣν οἱ νόμοι παρέχουσι τοῖς ὑβρισθεῖσι διὰ τῆς ἐξνερεδατίονος, ἢ τῆς πραετεριτίονος. ἔστι δὲ αὕτη ἡ νερεδιτάτις πετιτίων δεϊνοφφικιόσο· δεϊνοφφικιόσο δέ ἐστι μέμψις κατὰ διαθήκης, ἀκαθηκόντως μὲν ἀπὸ τῆς φύσεως τυπωθείσης, ἐῤῥωμένης δὲ τῇ ἀκριβείᾳ τῶν νόμων, παρεχομένης τοῖς ὑβρισθεῖσι διὰ τῆς ἐξνερεδατιόνος ἢ πραετεριτιόνος, καὶ μηδεμίαν ἔχουσιν ἐκ πολιτικῆς παλαιᾶς νομοθεσίας, ἢ ἀπὸ πραιτωρίας δικαιοδοσίας εἴσοδον ἐπὶ τὸν τοῦ κατοιχομένου κλῆρον· ἣν εὗρε μὲν ὁ δῆμος, αἱ δὲ διατάξεις ἐβεβαιώσαν· καὶ οὗτος μὲν ὁ ὅρος τῆς δεϊνοφφικιόσο, σαφηνιζέσθω δὲ αὐτοῦ τὸ καθέκαστον. τῶν ἀνθρώπων οἱ μὲν παντελῶς οὐ διατίθενται, ὡς οἱ ὑπεξούσιοι, ὑπεξῃρημένου δηλονότι τοῦ καστρενσίου, καὶ τοῦ κουάσι καστρενσίου πεκουλίου, καὶ ὁ ἄνηβος, καὶ ὁ δοῦλος, καὶ ὁ μαινόμενος, καὶ ἄλλοι τινές· οἱ δὲ διατίθενται ὡς βούλονται, ὡς οἱ στρατιῶται, κατὰ τὸν ἐξπεδιτιόνος καιρὸν ἐν αὐτοῖς ἔτι τοῖς κάστροις διάγοντες· τὴν γὰρ οὕτως

„De iis qui inofficiosum testamentum faciunt sine causa, exheredantes liberos suos, vel silentio praetereuntes, in hoc titulo tractatur, et de actione legibus data iis qui exheredationis, vel praeteritionis ignominia notati sunt: est autem haec petitio hereditatis de inofficioso. De inofficioso autem est querela de testamento, quod ex officio pietatis convenienterque naturae factum non est, valet tamen subtilitate juris, quae datur injuria adfectis per exheredationem vel praeteritionem, quibus nullus alius in hereditatem defuncti aditus patet ex jure civili antiquo, vel praetoria jurisdictione. Invenit eam populus, Constitutiones confirmarunt, et haec quidem est definitio querelae inficiosi, quae subtilius explicabitur hoc modo. Quidam sunt qui testamentum facere nullo modo possunt, ut filiifamiliâs, praeterquam in castrensi et quasi castrensi peculio, et impubes, servus, furiosus, et his similes. Quidam testamentum faciunt, ut volunt, ut milites expeditionis tempore

τυπωθεῖσαν ὑπ' αὐτῶν διαθήκην οὐδεὶς περιεργάζεται νόμος· τῷ γὰρ στρατιώτῃ περὶ τὴν ἐν στρατοπέδῳ τῶν διαθηκῶν διατύπωσιν, μόνη ἡ βούλησις, καὶ τὸ τούτου νομοθέτημα, νόμον τίθησι τοῖς πράγμασιν· οἱ δὲ διατίθενται μὲν, δουλεύοντες δὲ τῇ ἀκριβείᾳ τοῦ νόμου, ὅσοι παρὰ τοῦ εἰρημένου ἀπελεύθεροί τε καὶ εὐγενεῖς. ἀλλ' ὁ μὲν ἀπελεύθερος, πρὸς τοῖς ἄλλοις φροντίζειν ὀφείλει τοῦ πάτρωνος, καὶ δουλεύειν τῇ ἀκριβείᾳ τῆς διατάξεως, ἣν ὁ Καλλίνικος ἡμῶν ἐξεφώνησε βασιλεύς. οἱ δὲ εὐγενεῖς διατίθενται καὶ αὐτοὶ δουλεύοντες τῇ ἀκριβείᾳ τῶν νόμων τε καὶ διατάξεων. καὶ ταύτην εἰ φυλάξοισι καὶ τοὺς παῖδας ποιήσοισι κληρονόμους, ἢ ἐξνερεδάτους, ἐφ' ὧν ἐξνερεδατεύειν δυνάμεθα σήμερον, ἔρρωται αὐτῶν ἡ διαθήκη· καὶ οὔτε τὸ πολιτικὸν, οὔτε ὁ πραίτωρ δυνάται τῇ κατὰ τοῦτον τὸν τρόπον ὑπ' αὐτῶν τυπωθείσῃ διαθήκῃ παρενοχλεῖν. ἀλλ' ἐπειδὴ ταύτης παρὰ τῶν νόμων δραξάμενοι τῆς ἀδείας ἄνθρωποι, ἀποχρήσαντο αὐτῇ καθ' ὃν ἥκιστα ἐχρῆν τρόπον· ἐξωτικοὺς γὰρ ἐνιστάμενος κληρονόμως, τοὺς παῖδας ἐξνερεδάτους ἐποίουν, καὶ ἀπέκλειον αὐτοὺς τῆς οἰκείας διαδοχῆς· ἠλέησε τούτοις ὁ δῆμος, καὶ ἐπέτρεψεν αὐτοῖς κινεῖν τὴν δεϊνοφφικίοσο, μέγιστον ἔπαθλον ἐπαγγειλάμενος, εἰ δυνηθεῖεν ἄλογον δεῖξαι τὸ μῖσος, τὴν τῆς

in castris agentes. Nam eorum testamenta lex diligentius non ſpectat, ſolaque eorum voluntas rebus legem imponit, ſi modo ſit in expeditione condita. Ceteri testamentum faciunt obſervata juris ſubtilitate, libertini et ingenui; et libertini quidem inter cetera ſatisfacere debent patronis, ſecundum constitutionem quam victoriis clarus Imperator noster promulgavit; ingenui autem testantur ſecundum leges et Constitutiones, quarum ſolemnitatem ſi obſervaverint, et liberos heredes vel ex justis legitimis (cauſis) exheredes fecerint, valet testamentum, nec civili aut praetorio jure infirmari potest. Verum quia hoc jure plerique abutebantur, extraneis heredibus ſcriptis et filiis exheredatis, ſubvenit eis Populus, et permiſit agere de inofficioſo, quo judicio ſi odii justam cauſam non eſſe docerent, testamentum reſcinderent. Infirmatur enim testamentum ac ſi à furioſo factum. Cur enim furorem non dicemus naturae ſuccenſere? Nota autem querelam dici non actionem. Nec enim est actio, ſed cauſa actionis vel hereditatis petitionis, et ſicut hereditatis testamentariae non ipſa

διαθήκης ἀνατροπὴν εὐατρέπεται γὰρ ὡς μαινομένου διαθήκη. πῶς γὰρ οὐκ ἔστιν εἰπεῖν μανίαν, τὸ χαλεπαίνειν οὕτω κατὰ τῆς φύσεως; βλέπε δὲ πῶς εἶπον τὴν δεϊνοφφικίοσο μέμψιν εἶναι κατὰ διαθήκης, καὶ οὐκ εἶπον ἀγωγήν; οὐ γάρ ἐστιν ἀγωγὴ, ἀλλ' αἰτία τῆς ἀγωγῆς, ἤτοι τῆς νερεδιτάτις πετιτιόνος. καὶ ὥςπερ ἄν τις γραφῇ κληρονόμος, οὐκ αὐτὴ ἡ γραφή ἐστιν ἀγωγή· κινεῖ γὰρ νερεδιτάτις ἐξ τεσταμέντο· ἀλλ' αἰτία τινὸς τῆς νερεδιτάτις πετιτιόνος, καὶ ἀπόδειξις τοῦ δεόντως κινεῖν τὴν νερεδιτάτις πετιτίονα· ὥςπερ καὶ ἡ ἐξ ἀδιατέτου κλῆσις καὶ τὸ δόγμα τὸ Τερτυλιάνειον καὶ Ὀρφιτιάνειον, αἰτία μᾶλλόν εἰσι τῆς νερεδιτάτις πετιτίονος, καὶ οὐχὶ ἀγωγή· καὶ οἱ ἐξ ἀδιαθέτου γὰρ καλούμενοι κινοῦσιν ἐπὶ τῇ τῶν πραγμάτων ἀπαιτήσει τὴν νερεδιτάτις πετιτίονα. καί τοι ἐὰν τις αὐτοὺς ἐρωτήσῃ πόθε κινοῦσιν, ἐκ τῆς ἐξ ἀδιαθέτου πάντως ἂν εἴποιεν κλήσεως· καὶ ἡ μήτηρ δὲ πάλιν εἰς τὰ πράγματα τοῦ παιδὸς, ἐκ τοῦ Τερτυλιανείου δόγματος καλουμένη, καὶ ὁ παῖς εἰς τὰ πράγματα τῆς μητρὸς, ἐκ τοῦ Ὀρφιτιανείου καλούμενος δόγματος, εἰ ἐρωτηθῇ πόθεν νερεδιτάτις πετιτιόνα κινεῖ, ἐκ τοῦ Τερτυλιανείου φησὶ δόγματος. οὕτως οὖν ὁ τὴν δεϊνοφφικιόσο γυμνάζων, κινεῖ μὲν τὴν νερεδιτάτις πετιτιόνα· πόθεν δὲ κινεῖ ἐρωτώμενος, εἴποι ἂν ἐκ τῆς δεϊν-

scriptura est actio, sed causa hereditatis petitionis, quae ex testamento competit et probatio intentionis ejus, qui hereditatem petit, sicut item lex quae ab intestato vocat et S. C. Tertullianum et Orficianum causae potius sunt petitionis hereditatis, quam actiones (agunt enim qui ab intestato vocantur hereditatis petitione, et rogati: Unde agitis, respondent, Ab intestato, et mater ex S. C. Tertuliano, filius ex S. C. Orficiano). Sic is qui agit de inofficioso, agit petitione hereditatis, rogatus autem unde agat, dicturus est confestim ex inofficioso testamento. De inofficioso igitur non est actio per se, sed causa hereditatis petitionis. Et agentem de inofficioso, agere petitione hereditatis, constat ex iis, quae Scaevola scribit in xx. dig. hujus tit. et Ulpianus seq. tit. circa finem quinti digesti, ubi ait: multa esse hereditatis petitionis judicia, quod scilicet ex multis et variis causis agi possit hereditatis petitione. Nec obstat, quod actio de inofficioso dicitur saepe: nam et actionem creditae pecuniae dicimus, cum tamen id non sit ejus actionis nomen, et ex certa stipulatione, actionem ex stipulatu legimus,

οφφικιόσο, τέως ἐκ τοῦ ἀκαθηκόντως γενέσθαι τὴν διαθήκην. ὥστε οὖν ἡ δεϊνοφφικιόσο οὐκ ἔστιν ἀγωγὴ καθ' ἑαυτὴν, ἀλλ' αἰτία τῆς ἀγωγῆς τῆς νερεδιτάτις φημὶ πετιτίονος. ὁ δὲ ὁ τὴν δεϊνοφφικιόσο κινῶν νερεδιτάτις πετιτίονα κινεῖ, σαφέστερόν ἐστι μαθεῖν, ἐξ ὧν ὁ Σκαεβόλας φησὶν ἐν τῷ κ'. διγ. τοῦ παρόντος τίτλου, καὶ ὁ Οὐλπιανὸς ὁ σοφώτατος ἐν τῷ ἑξῆς τίτλου πρὸς τῷ τέλει τοῦ ε'. διγ. δι' ὧν πολλὰ εἶναι τὰ τῆς νερεδιτάτις πετιτιόνος δείκνυσι δικαστήρια. τουτέστιν, ἐκ πολλῶν καὶ διαφόρων αἰτιῶν κινεῖσθαι δυναμένης τῆς νερεδιτάτις πετιτιόνος. καὶ οὔτε ἐναντιωθήσεται ἡμῖν ἐν τῷ τῆς δεϊνοφφικίοσο ἄκτιο· εὑρισκομένη γὰρ κρεδίταε πεκουνίαε ἄκτιο. καὶ οὐ παρὰ

cum tamen ex certa stipulatione non ex stipulatu actio, sed condictio competat. Verum creditae pecuniae actio significat actionem ex numeratione, et ex stipulatu actio condictionem certi. et eodem modo querela quaedam est de inofficioso, non actio. Quod et optimus Ulpianus statim I. dig. proprietatem spectans de inofficioso querelam esse demonstrat, ac post deinde dicitur de inofficioso actionis verbo. Ne quis igitur actionem esse putet de inofficioso, sed causam actionis, quod non ex officio pietatis, testamentum confectum sit.“

τοῦτο κρεδίταε πεκουνίαε καλουμένη τις ἀγωγή. καὶ ἀπὸ κέρτας δὲ ἐπερωτήσεως ἀναγινώσκομεν ἐξ στιπουλάτο ἄκτιο. καί τοι οὐχ ἡ ἐξ στιπουλάτου ἁρμόζει ἀπὸ κέρτας ἐπερωτήσεως, ἀλλ' ὁ κονδικτίκιος· ἀλλὰ τὸ κρεδίταε πεκουνίαε ἄκτιο δηλοῖ τὴν ἀπὸ τῆς ἀπαριθμήσεως ἀγωγὴν, καὶ τὸ ἐξ στιπουλάτο ἄκτιο δηλοῖ τὸν ἀπὸ τῆς ἐπερωτήσεως κέρτας οὔσης διλαδὴ κονδικτίκιον. τοσοῦτον δὲ μέμψις τίς ἐστιν ἡ δεϊνοφφικίοσο καὶ οὐκ ἀγωγή· ὅτι καὶ Οὐλπιανὸς ὁ κράτιστος εὐθὺς ἐν τῷ α'. διγ. τὴν κυριότητα σαφηνίσαι βουλόμενος, μέμψιν εἶναι δείκνυσι τὴν δεϊνοφφικίοσο· εἶτα κέχρηται λοιπὸν λέξει, δεϊνοφφικίοσο ἄκτιο· μηδεὶς οὖν ἀγωγὴν νομαζέτω τὴν δεϊνοφφικιόσο, ἀλλ' αἰτίαν ἀγωγῆς, ἐκ τοῦ τὴν διαθήκην ἀκαθηκόντως γενέσθαι.“ — Der Hauptgedanke, von welchem der Scholiaſt ausgeht, iſt der, wenn man von einer querela tetamenti inofficiosi höre, ſo ſolle man doch hiebey an keine beſondere Klage (actio) denken. Querela ſey durchaus nicht gleichbedeutend mit actio zu nehmen. Es gebe keine actio inofficiosi testamenti, ſondern bloß eine querelam (μέμψιν, aber keine

ἀγωγὴν), die Klage — actio, welche man anſtellen müſſe, ſey keine andere, als die hereditatis petitio. Nur der Klagegrund ſey die querela, derjenige nehmlich, welcher die hereditatis petitio deßwegen anſtelle, weil er den letzten Willen als inofficios bezeichne, ſetze in die Inofficioſität deſſelben ſeinen Klagegrund. Der Scholiaſt führt nun mehrere Beyſpiele an, und ich erlaube mir dieſelben mit einem zu vermehren. Man lieſt hie und da auch, daß der Imperator Alexander eine beſondere querelam non numeratae pecuniae eingeführt habe. Prüfen wir nun vorerſt die Sache näher. Die Conſtitutionen, auf welche man ſich dießfalls beruft, ſind die

Const. 7. C. de non num. pec. (4, 30.)

„Si quasi accepturi mutuam pecuniam adversario cavistis, quae numerata non est: per condictionem obligationem repetere, et si actor non petat: vel exceptione non numeratae pecuniae adversus agentem uti potestis." — und die

Const. 8. C. ej. tit.

„Si intra legibus definitum tempus, qui cautionem exposuit, nulla querimonia usus defunctus est: residuum tempus ejus haeres habebit tam adversus creditorem, quam adversus ejus haeredem. Sin autem questus est, exceptio non numeratae pecuniae haeredi et adversus haeredem ejus perpetuo competit. Sin vero legitimum tempus excessit, in querimoniam creditore minime deducto, omnimodo haeres ejus, etiam si pupillus sit, debitum solvere compellitur." — In der erſten ſpricht nun der Imperator Alexander nur von einer condictio, und was dieß für eine condictio ſey, ſagt uns Ulpian, der Zeitgenoſſe des Imperators Alexander Severus

Fr. 1. pr. D. de cond. sine causa (12, 7.)

„Qui autem promisit sine causa, condicere quantitatem non potest, quam non dedit, sed ipsam obligationem." — Zwar ſpricht der Imperator in der Conſtitution 8. von einer querimonia, aus welcher nachher eine querela wurde, allein ſo wenig die querela inofficiosi testamenti mit actio inofficiosi testamenti, ſo wenig darf die querimonia oder querela non numeratae pecuniae mit actio non numeratae pecuniae verwechſelt werden, denn

wie ſich die erſtere zu der hereditatis petitio, ſo verhält ſich die letztere zu der condictio s. c., d. h. wie der Klagegrund zu der Klage. Sehr ſchön führt dann der Scholiaſt weiter aus, man ſolle ſich doch ja nicht irre führen laſſen, wenn man hie und da auch etwas von einer actio de inofficioso testamento höre, denn die querela inofficiosi testamenti ſey und bleibe nichts Anderes als ein Klagegrund (fundamentum agendi), keineswegs aber eine Klage (actio). Zum Beweiſe der Richtigkeit ſeines Satzes beruft ſich nun auch der Scholiaſt auf mehrere Stellen der Digeſten, welche er aber nicht einmal vollſtändig anführt. Ich will ſie vollſtändig geben. Ulpian ſagt

Fr. 8. §. 8. D. h. t.

„et si dicam inofficiosum, non totam hereditatem debeo, sed dimidiam petere“ — deutlicher konnte ſich doch nun wohl Ulpian nicht ausdrücken, denn er nennt ja ausdrücklich die petitio hereditatis als die Klage actio, und durch ſein dicere inofficiosum bezeichnet er deutlich, daß die Inofficioſität des Teſtaments nur der Klagegrund ſey, deßwegen nehmlich ſtelle er die hereditatis petitionem an, weil das Teſtament inofficios ſey. Ganz in dem Sinne wie Ulpian drückt ſich auch Scävola in dem

Fr. 20. D. h. t.

aus: „Qui de inofficioso vult dicere, licet negetur filius, Carbonianam bonorum possessionem non debet accipere: toties enim ea indulgenda est, quoties, si vere filius esset, haeres esset, aut bonorum possessor: ut interim et possideat, et alatur, et actionibus praejudicium non patiatur. Qui vero de inofficioso dicit, nec actiones movere debet, nec aliam ullam, quam haereditatis petitionem, exercere, nec alii: ne unquam melioris sit conditionis, quam si confitetur adversarius.“ — Dieſe Stelle hat jedoch ihre verſteckten Schwierigkeiten, und ich muß daher näher in den Sinn derſelben eingehen; die Baſiliken geben ſie auf folgende Weiſe:

L. XXXIX. tit. 1. Fr. 20. (Ed. *Fabr.* Tom. V. p. 202.)

„Ὁ κινῶν τὴν κατὰ τῆς διαθήκης μέμψιν, εἰ καὶ ἀρνεῖται υἱὸς εἶναι, οὐ λαμβάνει τὴν διακατοχήν. τότε γὰρ ἁρμόζει, ὅτε	„Qui agit querela inofficiosi, etiam si negetur filius esse, non accipit bonorum possessionem: totiens enim

εἰ ἀληθῶς υὸς ἐστι, γίνεται κληρονόμος· καὶ ἐν τῷ μεταξὺ νέμεται καὶ τρέφεται, καὶ περὶ τὰς ἀγωγὰς οὐ πάχει πρόκριμα. ὁ δὲ κινῶν τὴν κατὰ τῆς διαθήκης μέμψιν, οὔτε τρέφεται, οὔτε κινεῖ ἀγωγὴν, πλὴν τῆς τῶν κληρονομιαίων ἐκδικήσεως ἀγωγῆς.“

competit, quotiens, si vere filius esset, heres esset: et interim possidet, et alitur, et circa actiones praejudicium non patitur. Qui vero agit querela inofficiosi, neque alitur neque exercet actionem ullam aliam quam hereditatis petitionem.“

Das Scholion hiezu aber, welches in der That bey der verunglückten Faſſung nicht überflüſſig iſt, enthält Folgendes:

L. XXXIX. tit. 1. (Ed. *Fabr.* Tom. V. p. 251—253.)

„Ἐὰν πούπιλλος περὶ καταστάσεως ὑφίσταται ζήτησιν, οὐ λέγω πρὸς ἐλευθερίαν ἀναβοῶν, οὔτε δουλαγωγούμενος, ἀλλά τινων τὴν πατρῴαν αὐτοῦ κατεχόντων οὐσίαν, καὶ λεγόντων μὴ εἶναι αὐτὸν παῖδα τοῦ τελευτήσαντος· πάλιν μὲν ἐζητεῖτο καὶ ἐν ἀνηβότητι τὰ περὶ τῆς αὐτοῦ καταστάσεως· Κάρβων δὲ τις ἐπιγενόμενος πραίτωρ οὐ συνεχώρησε τοὺς πουπίλλους ἄχρι τῆς ἥβης τοιαύτην ὑφίστασθαι ζήτησιν· ἐξ ἐκείνου δὲ λοιπὸν εἰ κινηθῇ περὶ καταστάσεως ζήτησις, ὑπερτίθεται μὲν ἡ ζήτησις ἄχρι τῆς ἥβης, δίδοται δὲ αὐτῷ Καρβωνιανὴ διακατοχὴ· κἄν τε σοῦος λέγεται τοῦ τελευτήσαντος εἶναι, κἄν τε ἐμαγκίπατος. καὶ ταύτην δὲ λαμβάνων τὴν διακατοχὴν, νέμεται κατὰ τὸν ἐν τῷ μεταξὺ χρόνον τῆς κληρονομίας τὰ τῆς κληρονομίας πράγματα· καὶ ἀποτρέφεται ἐξ αὐτῶν, καὶ δύναται τὰς τεμποραλίας κινεῖν ἀγωγάς· καὶ γενομένου λοιπὸν ἐφήβου,

„Si pupillus de statu quaestionem sustineat, non dico proclamans ad libertatem, neque tractus in servitutem, sed quibusdam bona patris ejus possidentibus, et negantibus, eum esse filium defuncti, olim quidem et in pupillari aetate quaerebatur de statu, sed Carbo quidam Praetor factus non permisit pupillo usque ad pubertatem hanc questionem pati, et ab eo deinceps coepit mota quaestio de statu differri usque ad pubertatem, eique dari bonorum possessio Carboniana, sive suus diceretur defuncto esse, sive emancipatus. Et hac bonorum possessione accepta, possidet medio tempore bona hereditaria, et alitur ex eis, et potest temporales movere actiones, factus autem pubes possessionem relinquit, et agit causam status. Certe

ἡ τοιαύτη ἀπολιμπάνεται διακατοχή τε καὶ νομή· καὶ τότε περὶ τῆς τοιαύτης καταστάσεως γίνεται ζήτησις. ἄτοπον γὰρ ἦν ἀληθῶς ἐν ἀνηβότητι τοιαύτῃ τὸν ὀρφανὸν ὑφίστασθαι ζήτησιν· τοῦτο γνοὺς, ὅρα τὸ προκείμενον. τελευτῶν τις ἐξωτικὸν ἐνεστήσατο κληρονόμον, ἐξνερεδάτον δὲ τὸν οἰκεῖον ἄνηβον ἐποιήσατο παῖδα, μηδεμίαν εὔλογον τοῦ μίσους ἔχων αἰτίαν. τούτων οὕτως γεγενημένων, ἐτελεύτησεν ὁ τεστάτωρ· προσῆλθε δὲ ὁ κληρονόμος, καὶ τὰ τοῦ κατοιχομένου πράγματα δικαίῳ τῆς ἀδιτίονος ὑπὸ τὴν οἰκείαν ἔσχε κατοχήν· ἥρμοσε δὲ τῷ ἀνήβῳ παιδὶ κατὰ τῆς διαθήκης εἰκότως ἡ μέμψις. ἀλλὰ ταύτην αὐτὸν κινῆσαι βουλόμενον, ἔλεγεν ὁ σκρίπτος μὴ εἶναι παῖδα τοῦ τελευτήσαντος. καὶ βούλεται ὁ ἄνηβος αἰτῆσαι τὴν Καρβωνιανὴν διακατοχήν. λέγει τοίνυν ὁ Σκαεβόλας μὴ χώραν ἐπὶ τῆς δεϊνοφφικκιόσο τὴν Καρβωνιανὴν ἔχειν διακατοχήν. ὁ γὰρ ἄνηβός, φησι, τὴν δεϊνοφφικκιόσο κινῆσαι βουλόμενος, εἰ καὶ ὁ σκρίπτος κληρονόμος ἀρνεῖται, καί φησι μὴ εἶναι παῖδα τοῦ τελευτήσαντος, οὐ δύναται τὴν Καρβωνιανὴν ἔχειν διακατοχήν. τότε γὰρ εἰ τοιαύτη δίδοται διακατοχὴ, ὅτε εἰ δ᾽ ἂν ὡμολογημένως ὁ ταύτην αἰτῶν παῖς ἐτύγχανε τοῦ τελευτήσαντος, ἤμελλεν εὐθὺς, μηδενὸς μέσου γενομένου κληρονόμος εἶναι τοῦ πατρός· ἵνα κατὰ

enim absurdum erat hanc causam disceptari in aetate pupillari. Hoc cognito, vide quod proponitur. Moriens quidam extraneum instituit heredem, et filium impuberem exheredavit, nullam habens adversus eum justam irascendi causam. Eoque peracto, decessit testor. Heres vero mox jure aditionis bona defuncti detinere coepit. Pupillo jure meritoque competit querela inofficiosi, qua instituta heres scriptus negat eum esse filium defuncti, ideoque vult pupillus cetere bonorum possessionem Carbonianam. Et Scaevola ait in querela inofficiosi non habere locum Carbonianam bonorum possessionem. Impubes enim, inquit, qui de inofficioso vult agere, licet ab herede scripto negetur esse filius defuncti, Carbonianam bonorum possessionem habere non potest. Totiens enim haec bonorum possessio datur, quotiens si vere filius esset defuncti qui hanc petit, mox esset, nullo medio interveniente, heres patris, ut medio tempore et possideat, et alatur, et nullum praejudicium patiatur circa actiones tempore perituras. Qui vero exheredatus est et vult agere de inofficioso neque hereditariam actio-

τὸν

τὸν ἐν τῷ μεταξὺ χρόνον καὶ νεμηθῇ, καὶ τραφῇ, καὶ μηδὲν ὑπομείνῃ πρόκριμα περὶ τὰς ἀγωγὰς, δυνάμενος τεμποραλίας οὔσας κινεῖν. οὗτος δὲ τὴν δεϊνοφφικιόσο κινῆσαι βουλόμενος ἐξνερεδάτος ὤν, οὔτε τὰς νερεδιταρίας δύναται κινεῖν ἀγωγάς· μένει γὰρ ἡ ἐξνερεδάτος ἐῤῥωμένη μέχρι τῆς ἥβης, ἧς ἐντὸς οὐ δύναται τὴν δεϊνοφφικιόσο κινεῖν, διὰ τὸ ἄδηλον τῆς αὐτοῦ καταστάσεως οὗτος δὲ ὁ τὴν δεϊνοφφικιόσο κινῆσαι βουλόμενος ἐξνερεδάτος ὢν, οὔτε τὰς νερεδιταρίας δύναται κινεῖν ἀγωγὰς, οὔτε ἑτέραν τινὰ, πλὴν τῆς νερεδιτάτις πετιτίονος, καὶ αὐτὴν ἡνίκα μὴ ἀμφιβάλλεται αὐτοῦ ἡ κατάστασις· οὔτε δὲ τρέφεσθαι καθ' ὁμοιότητα τῶν ἄλλων ἐκ τῶν κληρονομιαίων ὀφείλει πραγμάτων· ἵνα μὴ βελτίονος εἴη αἱρέσεως ἤπερ ἐτύγχανον ὤν, εἰ ὡμολογημένως αἰτίδικος ἦν, τέως εἰ σηνωμολόγηται παῖς ὢν τοῦ τελευτήσαντος. εἰ γὰρ ἐξνερεδάτος παῖς ὡμολογημένος υἱὸς τοῦ τελευτήσαντος δεϊνοφφικιόσο κινῶν, οὐ δύναται τὰς νερεδιταρίας κινεῖν ἀγωγὰς, ἢ τρέφεσθαι ἐκ τῶν τῆς κληρονομίας πραγμάτων, πῶς οὐκ ἄτοπον ἔχειν τι τούτων τὸν ἀμφιβαλλόμενον εἰ μὴ παῖς ἐστι τοῦ τελευτήσαντος."

nem movere potest (manet valida exheredatio usque ad pubertatem, intra quam non potest de inofficioso agere propter incertum status ejus), neque ullam aliam quam hereditatis petitionem, et hanc cum de statu ejus non ambigitur, neque vero ad similitudinem aliorum ali debet ex rebus hereditariis, ne sit melioris conditionis, quam foret, si adversarius confiteretur, filium eum defuncti esse. Nam si exheredatus, quem certo constat filium esse defuncti, instituta querela de inofficioso, hereditarias actiones exercere non potest, neque ali ex rebus hereditariis, quam absurdum est horum quidquam habere eum, de quo ambigitur, an sit filius defuncti."

— Die Sache iſt nehmlich folgende: wenn einem unmündigen Deſcendenten die Deſcendenz von dem aſcendentiſchen Erblaſſer beſtritten wurde, ſo konnte derſelbe zwar nicht zur Inteſtatſucceſſion zugelaſſen werden, dagegen aber konnte derſelbe zur bonorum possessio ex Edicto Carboniano wenigſtens mit der Wirkung zugelaſſen werden, daß er einſtweilen ſeinen Unterhalt aus der Maſſe bezog, nach Ulpian

Fr. 1. pr. D. de Carbon. edicto (37, 10.)
Fr. 3. §. 4. D. ej. tit.
Fr. 5. §. 3. D. ej. tit.

Die Präjudicialfrage über ſeine Abſtammung (vgl. I. Bd. S. 419—421) aber blieb, wenn ſie anders nicht ſogleich entſchieden werden konnte, bis zu erreichter Mündigkeit im Anſtand nach Ulpian

Fr. 1. pr. D. de Carbon. edicto (37, 10.)
Fr. 3. §. 5. D. ej. tit.

Dieſe bonorum possessio fand jedoch nur dann Statt, wenn der Unmündige ab intestato zur Erbſchaft berufen war, denn war er im Teſtament eingeſetzt, ſo hatte er ja die bonorum possessionem secundum tabulas; war er aber enterbt, ſo blieb ihm nichts mehr — als das ultimum remedium, nehmlich die hereditatis petitio, baſirt auf die Inofficioſitäts-Querel übrig, nach Ulpian

Fr. 1. §. 8. D. ej. tit.

Stand nun einem enterbten Unmündigen ſchon an ſich die bonorum possessio ex Edicto Carboniano nicht zu, ſo war die Frage: ob neben der Enterbung auch noch ſeine Abſtammung beſtritten ſey? in Beziehung auf das gedachte Edict rein unerheblich. Denn wenn er ſchon als enterbt die gedachte bonorum possessio nicht anſprechen konnte, wie ſollte er nun, nachdem er enterbt, und noch dazu ſeine Abſtammung beſtritten iſt, in einer beſſeren Lage ſeyn? als wenn er bloß enterbt, und ſeine Abſtammung nicht beſtritten wäre. Scävola wollte alſo bloß das ſagen: wenn die Abſtammung eines ſolchen enterbten Unmündigen beſtritten iſt, ſo kann er aus dem letztern Grunde zu der bonorum possessio ex Edicto Carboniano nicht zugelaſſen werden, denn hievon ſchließt ihn ja ſchon der Thatumſtand der Enterbung aus. Er kann daher auch auf keine andere Weiſe als dadurch ſich helfen, daß er die hereditatis petitio auf den Grund der Inofficioſität des Teſtaments anſtellt. Wie konnte nun wohl aber Scävola die querela inofficiosi testamenti deutlicher als den Grund das fundamentum agendi der hereditatis petitio als actio bezeichnen? Wen aber ſelbſt die Stelle Scävola's noch nicht überzeugt, den ſollte wohl Tryphonins

Fr. 20. §. 1. D. de bonor. poss. cont. tab. (37, 4.)

überzeugen, wenn dieſer ſagt: „sed ad hereditatis petitionem admittendus est ex causa inofficiosi querelae“, denn wäre die querela inofficiosi nicht ein bloßer Klagegrund von Tryphonin hier ſehr ſprechend „causa“ genannt, ſo würde er ſich wohl ſo ausgedrückt haben: „sed ad querelam inofficiosi admittendus est“, und im gleichen Sinne ſpricht ſich ja auch Juſtinian ſelbſt

Const. 34. C. de inoff. test. (3, 28.)

aus, wenn er dort von der „hereditatis petitio ex nomine de inofficioso constituta“ ſpricht. — Meiner Anſicht nach ſteht daher daher auch der Satz feſt: daß die querela inofficiosi testamenti keine Klage, actio, ſondern bloß ein fundamentum agendi, Klagegrund, die petitio herehereditatis aber die actio ſey. Die Wichtigkeit dieſes Satzes wird ſich aber wohl bey genauer Beleuchtung dieſer Lehre dadurch ergeben, daß — hätte man dieſen Satz an die Spitze geſtellt, eine Menge Controverſen, mit welchen man früher kämpfte und jetzt noch kämpft, gar nie entſtanden wären. Hier aber löst ſie uns wenigſtens das Räthſel, warum wir auf einmal auf die hereditatis petitio ſtoßen, denn dieß ergibt ſich aus dem Zuſammenhange mit dem folgenden von der hereditatis petitio handelnden Titel. Freilich möchte ich auch ſelbſt, von dieſem Geſichtspunkt ausgegangen, die Stellung nicht ſehr logiſch finden, denn es hätte immerhin zuerſt von der hereditatis petitio im Allgemeinen, und nachher erſt von den beſondern Arten derſelben, in Beziehung auf den Klagegrund gehandelt werden ſollen, wie denn auch hinter dem von der hereditatis petitio im Allgemeinen handelnden Tit. 3. noch der Tit. 4. de possessoria hereditatis petitione und der Tit 5. de fideicommissaria haereditatis petitione handelt. Denn auch dieſe beyden ſind ja nur inſoferne beſondere Arten der hereditatis petitio, als ſich bey der einen dieſelbe auf die bonorum possessio, die andere auf eine fideicommiſſariſche Subſtitution gründet, die Ueberſchrift unſeres Titels ſollte alſo eigentlich

de h. p. ex causa inoff. testam.

heißen, und ſo würde er ſich dann auch an die Tit. 4. und 5. anreihen. Jedenfalls aber iſt es ganz ſonderbar, daß, wo doch bisher weder von Erbſchaften im Allgemeinen noch im Beſondern, noch von den verſchiedenen Veränderungen, welche dieſe Materie erlitten, irgend eine Erwähnung geſchehen, auf einmal von dem testamentum inofficiosum die Rede iſt. Daß uns durch Gajus keine Aufklärung geworden, kann ich nur bedauern, allen Umſtänden nach hat er in ſeinen Commentarien dieſe Materie gar nicht berührt, und nur als Vermuthung kann ich geben: daß dieſer Titel in Juſtinians Inſtitutionen aus Marcians Inſtitutionen, natürlich unter Berückſichtigung der neuern Geſetzgebung, entnommen iſt, wofür mir das

Fr. 2. D. h. t.

zu ſprechen ſcheint. Ein testamentum wird nun aus dem Grunde inofficiosum genannt, wenn der Erblaſſer die Pflicht — officium — nicht die Verbindlichkeit — obligatio — hat, Jemand als Erben einzuſetzen, und dieſer Pflicht nicht nachgekommen iſt. Natürlich muß dieſe Pflicht als eine vollkommene, auch in den Gerichten wirkſame Pflicht angeſehen werden. Hier tritt alſo der Unterſchied zwiſchen officium und obligatio, welchem die deutſchen Benennungen Pflicht und Verbindlichkeit ganz entſprechen, ein, und ganz richtig nennt man ein testamentum inofficiosum — im Deutſchen ein pflichtwidriges Teſtament. Hierüber wäre auch meine

Lehre von der Verbindlichkeit des Römiſchen Rechts ꝛc. Stuttg. 1827. §§. 26—29. S. 13—16.

zu vergleichen. — Nun finden wir nach Cicero

de invent. rhet. (2, 50.)

Lex (nehmlich Lex κατ' ἐξοχὴν Lex XII. Tabul.) „Paterfamilias uti super familia pecuniaque sua legaverit, ita jus esto.“ — Ulpian

Fragm. 11, 14.

Lege XII. Tabul. „Uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita jus esto.“ — Gajus

Instit. Comment. L. II. §. 224.

„Lex XII. Tabul. „Uti legassit suae rei, ita jus esto.“ — Pomponius

Fr. 120. D. de V. S. (50, 16.)

„Verbis legis XII. Tabularum Uti legassit suae rei, ita jus esto.“

pr. I. de lege Falcid. (2, 22.)

„quippe ea lege (nehmlich XII. Tab.) uti legassit suae rei, ita jus esto“ — und noch die

Nov. 22. cap. 2. pr.

führt die Legem XXI. tabularum als eine ita dicentem an: „Uti legassit quisque de sua re, ita jus esto“ — daß in den Zwölf-Tafel-Geſetzen dem paterfamilias eine ganz unbeſchränkte Freiheit zu teſtiren eingeräumt war, wie auch Pomponius in der oben (S. 340) angeführten Stelle ſich ausdrückt: „latissima potestas tributa videtur, et heredis instituendi et legata et libertates dandi.“ Mit dieſer unbeſchränkten Befugniß des paterfamiliâs wiſſen wir nun aber freilich die Inofficioſität nicht zu vereinigen. Allein bey den Zwölf-Tafel-Geſetzen hatte es nun freilich auch nicht ſein Bewenden. Das ganze Prinzip derſelben wurde durch das prätoriſche edictum successorium, durch die bonorum possessio secundum und contra tabulas etc. rein untergraben, und wenn nach allen dieſen Revolutionen wenigſtens noch die Officioſität der Teſtamente in dem vorliegenden Sinne, in welchem ſie jetzt als Inofficioſität erſcheint, anerkannt worden wäre, ſo würde man in dieſer ganz neuen Schöpfung hierin nur eine alte Ruine, welche nur an die Vergangenheit erinnert, und mit der neuen Schöpfung nicht nur nicht im mindeſten Zuſammenhang, ſondern vielmehr im Widerſpruch ſtand, erblickt haben. Wundern dürfen wir uns alſo nicht, wenn, nachdem die Grundpfeiler der Zwölf-Tafel-Geſetze erſchüttert waren, nunmehr unter den Erſcheinungen der neuen Schöpfung auch die Inofficioſität der Teſtamente erſcheint, und etwas, was man früher nur als eine unvollkommene Pflicht betrachtete, jetzt als vollkommene auftritt. So wenig daher die Inofficioſität des Teſtaments mit dem Princip der Zwölf-Tafel-Geſetze, ſo wenig wäre die Offi-

cioſität mit den nachherigen Veränderungen vereinbar geweſen, ja dieſe letzteren wären, ohne daß ein Teſtament als inofficios hätte angefochten werden können, gar leicht zu umgehen geweſen, und in der Inofficioſität lag ſomit gerade der Schlußſtein des neuen Syſtems. Fragt man aber nach der Rechtsquelle, aus welcher die Inofficioſität zunächſt gefloſſen? fragt man ferner, von welcher Zeit an ſie ſich datirt, ſo läßt ſich freilich hierauf keine befriedigende Antwort ertheilen. Cicero erzählt von Verres

Act. II. in C. Verrem. Orat. VI. cap. 41.

daß ein gewiſſer P. Annius Aſellus ſeine einzige Tochter in ſeinem Teſtamente zur Erbin eingeſetzt, und ihr einen L. Annius nachgeſetzt habe; er nennt ſodann dieſe Erbſchaft eine ſolche, „quae natura hortabatur, lex nulla prohibebat.“ Demunerachtet habe Verres den nachgeſetzten Annius zur Erbſchaft gerufen, und er fährt dann

cap. 42.

alſo fort: „Jure, legibus auctoritate omnium, qui conſulebantur, teſtamentum P. Annius fecerat, non improbum, non *inofficioſum*, non inhumanum“ — und ſchließt dann mit folgender merkwürdigen Stelle: „Quod ſi ita feciſſet: tamen poſt illius mortem nihil de teſtamento illius *novi juris* conſtitui oporteret.“ Wenn nun gleich hier der Ausdruck „inofficioſum“ vorkommt, ſo iſt doch, wenn man den Fall, von welchem Cicero handelt, genau in's Auge faßt, von einer Inofficioſität im vorliegenden Sinne des Worts nicht die Rede, denn P. Annius hatte ja ſeine Tochter zur Erbin eingeſetzt, und dieſe Einſetzung nennt Cicero eine ſchon dem natürlichen Gefühl gemäße, und in den Geſetzen nicht verbotene, aber nicht eine gebotene. Das Wort „inofficioſum“ bezeichnet alſo hier nur eine unvollkommene, im Sinne unſers Titels aber eine vollkommene Pflicht. Am auffallendſten aber iſt, wenn Cicero am Schluſſe ſagt: wenn auch das Teſtament des P. Annius ein inofficioſum geweſen wäre, ſo hätte doch nach ſeinem Tode ein ganz neuer Rechtsſatz auf ſein Teſtament nicht angewendet werden ſollen. Aus dieſer Stelle läßt ſich alſo ſo wenig ſchließen, daß die Inofficioſität eines Teſtaments ſchon zur Zeit des Cicero etwas

Bekanntes geweſen ſey, daß ich vielmehr hieraus den entgegengeſetzten Schluß ziehen möchte. Eben ſo wenig kann aus den Nachrichten des Valerius Maximus

Memorabilium L. VII. cap. 7. u. 8. nro. 1.

irgend ein Schluß gezogen werden, denn auch dieſe paſſen nicht hieher. Dagegen finden ſich in den Briefen des jüngeren Plinius zwey Stellen, welche offenbar von einem testamentum inofficiosum handeln. Die erſte iſt

L. V. epist. 1.

„Legatum mihi obvenit modicum, sed amplissimo gratius. [Cur amplissimo gratius?] Pomponia Gratilla, exheredato filio Assudio Curiano, heredem reliquerat me: dederat coheredes Sertorium Severum, Praetorium virum, aliosque equites Romanos splendidos. Curianus filius orabat, ut sibi donarem portionem meam, seque praejudicio juvarem: eandem tacita conventione salvam mihi pollicebatur. Respondebam: non convenire moribus meis aliud palam, aliud agere secreto. Praeterea: Non esse satis honestum dare et locupleti et orbo: in summa, non profuturum ei, si donassem: profuturum, si cessissem: esse autem me paratum cedere, si inique exheredatum mihi liqueret. Ad hoc ille: Rogo cognoscas. Cunctatus paulum, Faciam, inquam: neque enim video, cur ipse me minorem putem, quam tibi videor. Sed jam nunc memento, non defuturam mihi constantiam, si ita fides duxerit, secundum matrem tuam pronuntiandi. Ut voles, ait: voles enim, quod aequissimum. Adhibui in consilium duos, quos tunc civitas nostra spectatissimos habuit, Corellium et Frontinum. His circumdatus in cubiculo meo sedi. Dixit Curianus, quae pro se putabat. Respondi paucis ego (neque enim aderat alius, qui defunctae pudorem tueretur,) deinde secessi, et ex consilii sententia, Videtur, inquam, Curiane, mater tua justas habuisse causas irascendi tibi. Post hoc ille cum ceteris subscripsit centumvirale judicium, mecum non subscripsit. Appetebat judicii dies: coheredes mei componere et transigere cupiebant: non diffidentia causae, sed metu temporum. Verebantur,

quod videbant multis accidisse, ne ex centumvirale judicio capitis rei exirent. Et erant quidam in illis, quibus objici et Gratillae amicitia et Rustici posset: rogant me, ut cum Curiano loquar. Convenimus in aedem Concordiae. Ibi ego: Si mater, inquam, te ex parte quarta scripsisset heredem, num queri posses? Quid si heredem quidem instituisset ex asse, sed legatis ita exhausisset, non amplius apud te, quam quarta, remaneret? Igitur sufficere tibi debet, si exheredatus a matre quartam partem ab heredibus ejus accipias, quam tamen ego augebo. Scis te non subscripsisse mecum, et jam biennium transisse, omniaque me usucepisse. Sed ut te coheredes mei tractabiliorem experiantur, utque tibi nihil abstulerit reverentia mei; offero pro mea parte tantundem. Tuli fructum non conscientiae modo, verum etiam famae. Ille ergo Curianus legatum mihi reliquit: et factum meum, nisi forte blandior mihi, antiquorum notabili honore signavit. Haec tibi scripsi, quia de omnibus, quae me vel delectant vel angunt, non aliter tecum, quam mecum, loqui soleo: deinde, quod durum existimabam, te amantissimum mei fraudare voluptate, quam ipse capiebam. Neque enim sum tam sapiens, ut nihil mea intersit, an iis, quae honeste fecisse me credo, testificatio quaedam, et quasi praemium accedat.“ — Die zweyte Stelle findet ſich in den

L. VI. epist. 33.

„Tollite cuncta, inquit, coeptosque auferte labores. Seu scribis aliquid, seu legis, tolli, auferri jube, et accipe orationem meam, ut illi arma, divinam. Num superbius potui? revera, ut inter meas pulcram. Nam mihi satis est certare mecum. Est haec pro Accia Variola et dignitate personae et exempli raritate, et judicii magnitudine insignis. Nam femina splendide nata, nupta praetorio viro, exheredata ab octogenario patre, intra undecim dies, quam ille novercam ei, amore captus, induxerat, quadruplici judicio bona paterna repetebat. Sedebant judices centum et octoginta: tot enim quatuor consiliis conscribuntur, ingens utrinque advocatio, et numerosa subsellia: praeterea densa circumstantium

corona latissimum judicium multiplici circulo ambibat. Ad hoc, stipatum tribunal, atque etiam ex superiore basilicae parte, qua feminae, qua viri, et audiendi, quod erat difficile, et, quod facile, visendi studio imminebant. Magna exspectatio patrum, magna filiarum, magna etiam novercarum. Sequutus est varius eventus. Nam duobus consiliis vicimus, totidem victi sumus. Notabilis prorsus res et mira; eadem in causa, iisdem judicibus, iisdem advocatis, eodem tempore tanta diversitas accidit casu quidem, sed non ut casus videretur. Victa est noverca: ipsa heres ex parte sexta. Victus Suberinus; qui exheredatus a patre singulari impudentia alieni patris bona vindicabat, non ausus sui petere.“ — Daß dieſe Stelle etwas undeutlich ſey, erkenne ich an, und Heffter hat im

Rheiniſchen Muſeum für Jurisprudenz 2ter Band. Bonn 1828. „Ueber die l. 76. D. de leg. II.“ S. 112—115.

einen Verſuch gemacht, dieſelbe zu erläutern. Mir ſcheint dieſer Verſuch ein gelungener zu ſeyn, und ich gebe ihn daher mit ſeinen eigenen Worten: „Papinian hatte nach dem angeführten Fragment im 7ten Buche ſeiner Reſponſorum Folgendes geſagt: Cum filius *divisis tribunalibus* actionem inofficiosi testamenti matris pertulisset, atque ita variae sententiae judicum extitissent, heredem, qui filium vicerat, pro partibus quas aliis coheredibus abstulit filius, non habiturum praeceptiones sibi datas, non magis quam ceteros legatarios actiones, constitit: sed libertates ex testamento competere placuit, cum pro parte filius de testamento matris litigasset etc.“ — Seinem weſentlichen Inhalt nach hat dieß durchaus keine eigenthümlichen Schwierigkeiten; auch aus andern Stellen iſt bekannt, daß ſich bey der querela inofficiosi der Fall ereignen konnte, daß der Exheredirte nur in Beziehung auf einige der eingeſetzten Erben die Querel durchzuſetzen vermochte, mit der Folge, daß nun der Erblaſſer pro parte testatus, pro parte intestatus geſtorben zu ſeyn ſchien. M. ſ. l. 15. §. 2. und l. 24. D. de inoffic. und l. 13. C. eod. Hier iſt jedoch überall die Erklärung zuläſſig, daß der Enterbte die ihm entgegenſtehenden Teſta-

mentserben entweder bey verſchiedenen Richtern, oder doch zu verſchiedenen Zeiten angriff, und dann kann man bey der varietas sententiarum nichts Auffallendes finden. Papinian dagegen hat offenbar einen Fall vor Augen, wo in demſelben Proceß vor denſelben Richtern theils für, theils gegen den Kläger oder Querulanten entſchieden ward. Denn daß es nicht nöthig iſt, der Florentiniſchen Lesart: divisis tribunalibus, die vulgate: diversis tribunalibus wieder zu ſubſtituiren; daß jenes ſich auf das quadruplex judicium centumvirale bezieht, wo die vier consilia einzeln abſtimmten, und alſo in demſelben Proceß eine varietas sententiarum entſtehen konnte, iſt von den unterrichtetern Auslegern längſt bemerkt worden, beſonders von Cujas (Obs. 10, c. 20). Eben derſelbe hat auch ſchon auf den vom jüngern Plinius in deſſen Briefen Buch 6. Br. 33. erzählten Fall aufmerkſam gemacht, wo ein gleiches Verhältniß eingetreten zu ſeyn ſcheint, ſ. oben S. 344 u. 345. — Alſo ein beynahe vollkommen gleicher Fall, wie ihn Papinian ſich gedacht haben muß, nur daß bey ihm ein mütterliches, bey Plinius ein väterliches Teſtament angegriffen ward. Indem wir nun für dieſen Fall eine Auflöſung finden, ergibt ſie ſich auch zugleich für Jenen. Die Gegner der Accia waren nach meinem Dafürhalten ihre Stiefmutter, eingeſetzt zum ſechsten Theil, ſodann ein gewiſſer Suberinus oder Suburranus, ein ſchlechtes Subject nach Plinius, und außerdem unſtreitig noch ein oder der Andere *coheres*, welche, wenn es ihrer mehrere waren, ſich wenigſtens in derſelben Lage befanden. Die Sache ward unter allen Parteien zu gleicher Zeit vor den vier Centumviral-Senaten verhandelt. Daß dieſe einzelnen Conſilia jedes für ſich nach Mehrheit der Stimmen votirten, und dann die Geſammtſtimmen verglichen und gezählt wurden, iſt aus dem Bericht von Plinius ſelbſt zu entnehmen, ja gewiß. Da geſchah es nun, daß Accia mit zwey Geſammtſtimmen in Beziehung auf die zuletzt erwähnten Miterben abgewieſen ward, dagegen aber eben ſo viele Geſammtſtimmen ſiegreich gegen die Stiefmutter und Suberinus erhielt, ſo daß dieſe nun ihre Antheile herauszugeben genöthigt waren. — Nur ſo und nicht anders vermag ich Plinius

zu verſtehen. — Wie aber konnte in aller Welt ein ſolcher Ausfall der Abſtimmung ſich ergeben? Ich ſehe keine andre Möglichkeit, als anzunehmen: In Bezug auf jeden Beklagten ward den vier Conſilien die Frage vorgelegt, ob er zu verurtheilen oder zu abſolviren ſey? Gegen die Stiefmutter und Suberinus ſprachen nun drei Collegien auf Verurtheilung, und nur eines auf Freiſprechung; hinſichtlich der noch übrigen dritten Partie waren drei Collegien für Abſolvirung und nur Eines für Verurtheilung. Die Stimmen ſtanden in der erſten Beziehung wie 3 zu 1, und in der letztern wie 3 zu 1 für Accia. So konnte Plinius ſagen: duobus consiliis vicimus, totidem victi sumus. Und ſo verſtehe ich auch das divisis tribunalibus bei Papinian; die Anſichten der einzelnen Conſilien waren getheilt, nur zum Theil vortheilhaft und ſiegreich für den petitor. Ganz auf eine ähnliche Weiſe ward bey den Athenern in Erbſchafts-Petitionen abgeſtimmt, wenn verſchiedene Parteien mit ungleichen Rechtsanſprüchen ſich vorfanden. Für jede derſelben war eine Urne zur beſondern Stimmſammlung hingeſetzt, und das Verhältniß der verurtheilenden oder abſolvirenden Stimmen entſchied für jeden beſonders. Man könnte nun zwar auch noch die Meinung aufſtellen, daß vielleicht zwey Senate der Centumvirn wegen der Mehrheit und des verſchiedenen Intereſſe der Beklagten über die Anprüche gegen die Stiefmutter und Suberinus, zwey andere über den Anſpruch gegen die übrigen Miterben zu entſcheiden beauftragt worden, oder ſo, daß jeder einzelne Senat über einen und den andern Theil des Anſpruchs nach den Perſonen der Beklagten zu entſcheiden gehabt, und auf dieſe Art das „duobus vicimus, totidem victi sumus" erklären: Allein für eine ſolche unangemeſſene Zerſplitterung der Sache läßt gar kein vernünftiger Grund ſich denken, da ſie in den meiſten Sachen zu konträren Urtheilen führen mußte. Außerdem wiſſen wir ja überhaupt, daß die Centumvirn ein quadruplex judicium gewöhnlich bildeten, und beſonders, wenn von Erbſchaftsſachen die Rede iſt: warum hätten denn gegen einen einzigen Beklagten alle Tribunalien zuſammen ſprechen müſſen, gegen Mehrere aber nur einzelne? — Soweit

Heffter. — Nur Einiges erlaube ich mir noch hierüber zu bemerken. Das Factum hat uns Plinius nicht vollſtändig gegeben. Sein Brief iſt offenbar in einer leidenſchaftlichen Aufwallung geſchrieben, und eine gränzenloſe Eitelkeit ſpricht ſich überall in demſelben aus, denn wie konnte er ohne ſolche ſeinem Freunde Romanus zumuthen, bey Empfang ſeines Schreibens Alles wegzuwerfen, und ſeine Rede für die Accia Variola zu leſen. War nun der Weihrauch, der ihm für dieſe Rede geſtreut wurde, und der noch betäubte, daran ſchuld, daß er das Factum nicht vollſtändig gab, oder enthielt vielleicht, und dieß iſt wahrſcheinlicher, die Rede ſelbſt, welche wir nimmer beſitzen, das Factum? In Beziehung auf letzteres ſcheint es mir, daß der Vater der Accia Variola ſchon vor ſeiner zweiten unbedachten Heirath ein Teſtament gemacht, und darin neben ſeiner Tochter noch andere Erben eingeſetzt hatte. — Nach letzterer aber vermochte die junge noverca den 80jährigen Greiſen, ſeine Tochter zu enterben, und deren Erbtheil ihr der noverca und einem gewiſſen Suberinus zuzuwenden. Daß Letzterer ein Stiefſohn des Erblaſſers und leiblicher Sohn der noverca war, kann ich nicht glauben, und aus den Worten „alieni patris“ iſt dieß auch nicht wohl zu ſchließen, denn Plinius wollte damit nur das ſagen: daß der von ſeinem eigenen Vater enterbte Suberinus hier bey dem Vater einer andern, nehmlich der Accia, ſich habe entſchädigen wollen. Jedenfalls war dieſer Suberinus ein lockerer Zeiſig, und ich halte ihn für den Cavaliere servente der lieben noverca. Plinius griff nun das ganze Teſtament an, allein ſein Hauptangriff war gegen die noverca und den theuren Suberinus gerichtet. Die übrigen eingeſetzten Erben traten in den Hintergrund. Daher auch das in der That nicht anſtändige Siegesgeſchrey des Plinius, denn ſeine Hauptfeinde hatte er überwunden, und diejenigen, welche ihn überwunden hatten, achtete er nicht. Ich halte es daher für ganz richtig, wenn Heffter bemerkt, daß von den vier Senaten, welche das Centumviralgericht bildeten, in zwey Fällen für und in zwey gegen die Accia entſchieden wurde. Nur läßt ſich auch annehmen, daß die vier Senate

in allen Fällen gleicher Anſicht geweſen ſeyen. Unter conſilium verſtehe ich aber das Reſultat der Abſtimmungen in einem Senate, und unter ſententia das Geſammtreſultat der Abſtimmungen der vier Senate. Denn ſo iſt es auch wohl zu verſtehen, wenn Valerius Maximus

L. VII. cap. 7. nro. 1.

ſagt: „omnibusque non ſolum conſiliis ſed etiam ſententiis ſuperior diſceſſit“ — denn wenn gleich der Fall deſſelben zunächſt nur einer — auf eine falſche factiſche Vorausſetzung gebauten — Präterition eines Sohnes betrifft, ſo gibt er uns doch über den Organismus des Centumviralgerichts Licht, und er wollte hiemit nur das ſagen: die ſententia, d. h. das Erkenntniß oder Urtheil des Centumviralgerichts ſey nach einſtimmiger Anſicht der vier Senate deſſelben, wobey jedoch eine Verſchiedenheit der Anſichten einzelner Votanten in den Senaten noch nicht ausgeſchloſſen iſt, gefällt worden. Darüber alſo, daß ſchon zur Zeit des Imperators Trajan die Inofficioſität eines Teſtaments eine bekannte Sache war, können wir nach den Nachrichten des Plinius nimmer zweifeln. Nun hat man freilich daraus, daß das

Fr. 4. D. h. t.

die Ueberſchrift führt „*Gajus* libro ſingulari ad legem Glitiam“ den Schluß ziehen wollen, daß die Inofficioſität zunächſt einer Lex Glitia ihren Urſprung zu verdanken habe, allein einmal iſt ſchon die Aechtheit dieſer Ueberſchrift ſehr problematiſch, wie denn namentlich in einigen Handſchriften die Ueberſchrift vorkommt: „Maximus ad L. Falcidiam“ und „Gajus ad L. Lenticam“, ſodann iſt es für mich wenigſtens außer allem Zweifel, daß wenn dieſe Vermuthung gegründet wäre, auch in andern Stellen dieſer Lex Glitia Erwähnung geſchehen würde, während wir hievon nicht die leiſeſte Andeutung haben. Etwas anderes, als Pomponius, wenn er in dem oben (S. 340 u. 341) angeführten

Fr. 120. D. de V. S. (50, 16.)

ſo fortfährt: „ſed id (nehmlich die latiſſima poteſtas) coanguſtatum eſt, vel legum vel auctoritate jura conſtituentium“, weiß ich daher auch nicht zu geben. Bemühen wir uns daher auch nicht in einer Sache, wo wir auf

keinem hiſtoriſchen Grund und Boden ſtehen, den dürftigen Nachrichten auf dem weiten und unſichern Felde bloßer Hypotheſen eine hiſtoriſche Seite abzugewinnen. Da aber dieſer Titel ſchon von Mühlenbruch im XXXV. Bande §. 1421. S. 335—480 neu bearbeitet worden iſt, ſo kann ich hier darauf verweiſen. Sehr angenehm war mir aber die Entdeckung, daß auch Mühlenbruch

a. o. a. O. S. 349.

davon ausgeht: daß die querela inofficiosi testamenti keine actio, ſondern eine fundamentum agendi ſey, eine Anſicht, für welche das o. a. Scholion der Baſiliken ganz entſchieden ſpricht.

Mit dieſem Titel endiget ſich der VI. Band Glücks.

Druckfehler.

S. 336 Linie 10 von oben iſt ſtatt „testor“ testator zu leſen.

Reinhardt, Karl Friedrich von, 1786-

Ergänzungen zu Dr. Christ. Fried. v. Glück's Ausführlicher Erläuterung der Pandecten

Bd.: 2,1

Stuttgart 1835

Bamberg, Staatsbibliothek -- Coll.leg.o.101(69#1
urn:nbn:de:bvb:12-bsb11439115-7